

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DU CARACTÈRE RELATIF

DE LA

RÈGLE DE L'ARTICLE 883

DU CODE CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 10 Décembre 1910, à 1 heure 1/2

PAR

ÉMILE BEAUDONNAT

VÉRIFICATEUR-RÉDACTEUR AU CRÉDIT FONCIER DE FRANCE

Président : M. AMBROISE COLIN.

Suffragants { MM. BARTIN, *professeur*.
PERCEROU, *agrégé*.

« La gloire des juges est de se dépouiller de tout préjugé, de ne se croire liés par aucun précédent. »

DUPIN, *procureur général*.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DU CARACTÈRE RELATIF

DE LA

RÈGLE DE L'ARTICLE 883

DU CODE CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 10 Décembre 1910, à 1 heure 1/2

PAR

ÉMILE BEAUDONNAT

VÉRIFICATEUR-RÉDACTEUR AU CRÉDIT FONCIER DE FRANCE



Président : M. AMBROISE COLIN.

Suffragants { MM. BARTIN, *professeur*.
PERCEROU, *agréé*

« La gloire des juges est de se dépouiller de tout préjugé, de ne se croire liés par aucun précédent. »

DUPIN, procureur général.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—
1910

A LA MÉMOIRE

de

MON PÈRE

de

MA MÈRE et de MON FRÈRE LUCIEN

A MON FRÈRE JEAN

A MES PARENTS

A MES AMIS

INTRODUCTION

L'état d'indivision est la situation juridique de plusieurs individus qui ont les mêmes droits sur un objet.

Cette situation se rencontre dans la vente, l'échange, les successions, la communauté.

Il y a ceci de particulier dans l'indivision résultant du décès que les héritiers trouvent dans les biens composant la succession un instrument de crédit qu'ils peuvent chercher à utiliser. Le Code met, à cet effet, un contrat à leur disposition : l'hypothèque ; mais l'indivision est un état précaire qui se dénoue par le partage. Il est donc intéressant de rechercher comment seront liquidés les droits de chacun des cohéritiers quand quelques uns seulement d'entre eux auront consenti des hypothèques sur leurs parts indivises. C'est ici qu'intervient l'article 883 du Code Civil : « Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot ou à lui échus sur licitation et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. »

Cet article a introduit dans notre législation le principe de l'effet déclaratif du partage. Les cohéritiers tiennent leurs droits, non pas de leurs copartageants en vertu d'aliénations réciproques, mais directement du défunt. Ils sont censés avoir toujours été propriétaires des objets tombés dans leurs lots et n'avoir jamais eu aucun droit sur les effets de la succession échus aux lots de leurs copartageants.

Conséquence : si l'un des héritiers a hypothéqué sa part indivise dans un immeuble de la succession et si cet immeuble vient à être attribué à un autre que le constituant, l'hypothèque est nulle, c'est-à-dire que dans les rapports des cohéritiers entre eux la règle de l'art. 883 s'applique ; sur ce point tout le monde est d'accord, mais faut-il l'étendre aux rapports des ayants cause des cohéritiers entre eux ? Cette question se pose en général de la façon suivante : la règle de l'effet déclaratif est-elle absolue ou relative ?

Les partisans du caractère absolu étendent les effets de l'article 883 et l'appliquent aux rapports d'un cohéritier avec ses propres ayants cause et même entre les créanciers du même cohéritier.

Ainsi dans cet exemple : un cohéritier a conféré une hypothèque sur l'immeuble indivis qui est, sur licitation, attribué à un autre que le constituant, l'adjudicataire colicitant ne pourra pas se voir opposer l'hypothèque ; c'est la raison d'être de l'article 883 ; mais devra-t-on admettre la

prétention du créancier hypothécaire au profit duquel cette hypothèque aura été consentie et qui demande à être préféré à tous les autres créanciers inférieurs en rang ou chirographaires sur la part du prix revenant au constituant? ou au contraire ne devra-t-on le colloquer qu'au marc le franc avec ces créanciers?

La question intéresse d'une manière générale le crédit et tout particulièrement certains créanciers tels que les mineurs et les femmes mariées dont la situation doit être spécialement protégée.

Les auteurs qui adoptent la théorie de l'effet absolu et la jurisprudence qui les suit répondent :

L'hypothèque est résolue entièrement et *erga omnes* ; par conséquent le créancier hypothécaire ne pourra primer le créancier chirographaire.

Nous préférons la doctrine qui voit dans l'article 883 un caractère relatif et nous disons : cette règle a pour unique objet de fixer les rapports entre cohéritiers ou entre les ayants cause de chaque cohéritier d'une part et les autres cohéritiers ou leurs ayants cause d'autre part ; mais elle est étrangère au règlement des droits respectifs des créanciers d'un même cohéritier.

Par conséquent dans un débat qui est limité entre créanciers hypothécaires et créanciers chirographaires, le droit des premiers peut s'exercer sans nuire aux intérêts des communistes. L'hypothèque est bien résolue, mais en tant qu'elle permet au créancier hypothécaire de saisir

l'immeuble sur la tête du cohéritier adjudicataire, c'est-à-dire qu'elle est résolue au point de vue du droit de suite, mais elle subsiste au point de vue du droit de préférence. Dans l'ordre ouvert pour la distribution du prix le créancier hypothécaire devra être préféré au créancier chirographaire lequel ne pourra venir au marc le franc avec le premier.

C'est cette prétention du créancier hypothécaire que nous allons nous efforcer de justifier.

Nous essaierons de définir d'abord la nature et le caractère du partage et nous verrons l'idée que s'en étaient faits les Romains ; puis, nous rechercherons les origines de la règle de l'article 883 dans notre ancien droit.

Cette règle est-elle l'expression de la réalité ? N'est-elle pas, au contraire, une pure fiction ? Faut-il y voir une condition résolutoire ?

Quel est l'esprit, le but et la limite de l'article 883 ?

Nous arriverons ensuite à la question qui, avec celle plus générale du caractère relatif de l'article 883, fait l'objet de cette thèse : le règlement du conflit entre créancier hypothécaire et créancier chirographaire.

Nous ferons préalablement un exposé sommaire de l'état de la jurisprudence en la matière et qui est, déclarons-le de suite, presque toute entière opposée à l'opinion que nous soutenons ici.

Nous développerons en faveur de notre théorie les arguments suivants :

1° Il n'y a pas d'impossibilité à ce que le droit de préférence puisse survivre au droit de suite. C'est même une vérité élémentaire ;

2° La loi elle-même vient à l'appui de notre argumentation ;

3° Arrêts favorables ;

4° Contre notre opinion nos adversaires soutiennent un argument tiré de l'article 2125 ; nous en ferons une critique approfondie ;

5° Le prix étant la représentation de la chose doit revenir au créancier hypothécaire ;

6° Le prix de licitation n'est pas une valeur de succession ; l'effet déclaratif est donc inapplicable ;

7° L'équité est tout entière de notre côté ; nous le montrerons ;

8° D'ailleurs la jurisprudence qui, nous l'avons dit, est dans son ensemble défavorable à notre opinion, est loin d'être toujours d'accord avec elle-même et n'applique pas dans tous les cas le principe de l'effet absolu ;

9° Après avoir constaté l'insuffisance de notre législation dans cette matière nous lui comparerons quelques-unes des législations étrangères et nous nous demanderons quel projet de réforme il serait utile d'adopter.

CHAPITRE PREMIER

Nature du partage

SECTION I

En raison pure

Dans l'état d'indivision les droits des cohéritiers portent à la fois sur le tout et sur la partie. Aucun d'eux n'a la propriété exclusive des biens. Quand ils procèdent au partage chacun fait en réalité une acquisition et une aliénation, c'est-à-dire un échange.

Quand les parts sont égales les copartageants se cèdent réciproquement les parts indivises qui ne sont pas tombées dans leur lot, de sorte que chaque copartageant en arrive à avoir la propriété intégrale du lot qui lui est attribué, chacun de ses cohéritiers ayant abandonné sur ce lot le droit qui lui appartenait.

Il y a échange avec vente dans le cas où une soulte est versée à l'un des cohéritiers pour compenser l'inégalité de son lot.

Enfin il y a vente dans la licitation c'est-à-dire lorsque

les biens impartageables en nature sont vendus à un cohéritier ou à un tiers pour le prix en être distribué aux copartageants.

Voilà la nature réelle du partage : attribution de la propriété. Ce caractère n'avait pas échappé au sens très juridique des Romains comme nous le verrons plus loin.

SECTION II

Opinions diverses

§ I. — DEMOLOMBE

Il ne voit pas dans le partage le caractère translatif, mais plutôt à la fois translatif et déclaratif. Il est translatif en ce sens que c'est un échange ; il est déclaratif car il détermine les droits des communistes.

§ 2. — AUBRY ET RAU

Il n'est ni simplement déclaratif ni translatif. Le partage est rétroactif par l'étendue du droit de copropriété qui porte *in toto et in qualibet parte rei communis*. Il n'est pas non plus véritablement translatif parce qu'avant le partage chaque copartageant avait un droit sur l'objet qui lui est attribué.

Il n'est pas simplement déclaratif parce qu'il transforme

un droit indivis sur la totalité de la chose commune en un droit exclusif sur une partie.

Pour MM. Aubry et Rau le partage est plutôt dévestitif qu'investitif en ce sens qu'il implique bien moins de la part de chaque cohéritier translation de la propriété des objets compris aux lots des autres que renonciation à son droit sur les objets qui ne sont pas tombés à son lot.

Quoiqu'il en soit de ces diverses opinions, on est bien obligé de reconnaître dans le partage une aliénation; car c'est de cette seule manière qu'on peut rationnellement expliquer la garantie et le privilège (art. 884, art. 2103, 3°).

« Il s'ensuit, dit Domat (1) de cette nature du partage que c'est comme un échange que se font entre eux les copartageants; l'un donnant son droit à la chose qu'il laisse, pour celui de l'autre en celle qu'il prend... On peut aussi par une autre vue comparer le partage au contrat de vente. Car encore que chaque copartageant n'achète rien de l'autre, ils font entre eux les estimations de ce qu'ils partagent et chacun en prend pour la portion qu'il avait dans le prix qu'ils donnent à tous les biens de l'hérédité ».

(1) *Lois civiles*, livre I, titre IV, sect. I, nos 2 et 3.

CHAPITRE II

Étude historique

SECTION I

Droit romain

§ 1. — CARACTÈRE DU PARTAGE

Les Romains, disions-nous au chapitre I^{er}, avaient reconnu le caractère vrai du partage dans lequel ils constataient un titre d'acquisition et un titre d'aliénation, c'est-à-dire le caractère translatif.

C'est un titre d'acquisition qui est contenu dans les actions mixtes (*tam in rem quam in personam*), dans les actions en détermination de limites (*finium regundorum*), dans les actions divisoires (*familiae erciscundae* et *communi dividundo*) ; elles aboutissaient, en effet, à l'attribution de la propriété par le juge, à l'*adjudicatio* qui était un moyen d'acquérir la propriété.

À Rome, le partage était, en outre, un titre d'aliénation ; c'est ce que de nombreux textes font foi : entre

autres la loi 18 Dig. 2 (*De castrensi peculio*) qui défend le partage au propriétaire lorsqu'il n'a pas la capacité d'aliéner.

Ce caractère d'aliénation du partage est incontestable ; mais sa nature n'était pas absolument précise : tantôt on le comparait à une vente : *Divisionem prædiorum vicem emptionis obtinere placuit* (1) ; tantôt à un échange (2).

Il avait cela de commun avec la vente qu'il était comme elle un contrat de bonne foi (3) et ne devenait parfait que par la tradition (4) susceptible de prescription et formait un titre d'acquisition (5) ; le cohéritier évincé pouvait exercer l'action *ex empto* (6) contre ses cohéritiers en vertu des principes mêmes de la vente (7).

Mais c'était un contrat innommé qui, stipulé par un simple pacte, n'engendrait aucune action (8) et ne faisait pas naître la *condictio ob causam* (9).

§ 2. — CONSÉQUENCE AU POINT DE VUE DES HYPOTHÈQUES

La conséquence logique de ce principe était que la part

(1) L. I, Cod. com. utr.

(2) L. 77, § 18, Dig. de leg ; L. 20, § 3, Dig. fam. ercisc.

(3) Inst. tit., de action, § 28.

(4) L. 15, Cod. fam. ercisc.

(5) L. 17, Dig. de usurp.

(6) L. 66, § 3, Dig. de evictionibus.

(7) L. 70, Dig. de evict.

(8) L. 43, Dig. de pact.

(9) L. I, Dig. de rerum permut.

indivise grevée d'une hypothèque par l'un des héritiers passait avec cette charge aux autres cohéritiers.

« Il faut tenir pour certain, nous dit Gaius (1) que si quelqu'un donne hypothèque sur la part indivise qu'il a dans la chose commune, le partage survenant, l'hypothèque ne pèsera pas seulement sur la part échue au lot de celui qui l'a constituée mais elle subsistera indivisément sur les deux lots chacun pour la moitié ».

Cette obligation pour les copartageants de subir d'une manière générale des droits réels auxquels ils étaient étrangers était un grave inconvénient de la conception romaine du partage; mais le sens ingénieux des juristes savait, dans la pratique, aplanir la rigueur des principes; si l'hypothèque était connue lors du partage les copartageants avaient plusieurs moyens d'éviter les conséquences du caractère translatif; entre autres, le juge pouvait attribuer le fonds sous déduction des charges hypothécaires (1).

§ 3. — LES ROMAINS N'ONT PAS CONNU L'EFFET DÉCLARATIF.

OPINION DE TREBATIUS

Les Romains n'ont donc pas connu l'effet déclaratif et leur droit ne réglait en aucun cas le sort des droits réels concédés à des tiers pendant l'indivision.

(1) L. 7, § 4, *Dig. quib. mod. pign.*

(2) L. 6, § 8, *Dig. com. div.*

On a cependant cru trouver la première idée du partage déclaratif dans un texte du *Digeste* (1) dont voici l'espèce : Seius est copropriétaire d'un immeuble avec Mœvius; celui-ci lègue à sa femme l'usufruit de sa part indivise. A sa mort son héritier intente contre Seius l'action *communi dividundo*. D'après les principes l'usufruit devait porter pour moitié sur les lots de chaque copartageant. Trebatius fut consulté : Voici sa réponse : *Ejus partis, quæ tibi obtigerit, usumfructum mulieri deberi nulla ex parte. Sed ejus quod heredi obtigisset, totius usumfructum eam habituram*. L'héritier du constituant seul doit supporter la charge du legs entier. La part de l'autre communiste est affranchie. C'est le renversement complet du système consacré.

Bien que Trebatius soit reconnu comme un esprit assez novateur, la solution qu'il indique ne doit pas être rattachée dans son esprit à l'effet déclaratif.

Son disciple, Labéon, fut le premier à attaquer le maître et repoussa énergiquement cette solution. *Ego hoc falsum puto*, s'écria-t-il rempli d'indignation ; avant le partage l'usufruit reposait pour moitié *pro indiviso* sur le fonds tout entier et il n'a pas pu être déplacé par le juge.

(1) L. 34, *Dig. de usu et usuf*, 33, 2.

SECTION II

Ancien droit français

Comment le principe du droit romain a-t-il été abandonné ?

§ I. — LE FIEF DEVIENT ALIÉNABLE.

La théorie du droit romain sur le partage fut admise chez nous jusqu'au milieu du xvi^e siècle ; mais des restrictions lui furent successivement apportées : d'abord par les Bartolistes qui reconnaissent que si aliénation il y a cette aliénation est nécessaire, puis par Dumoulin ; ensuite on voit dans le partage plutôt une modification du droit indivis qu'une mutation ; enfin on abandonne totalement l'idée de mutation pour dire que le partage est la détermination nécessaire, définitive et rétroactive des droits de chacun dans la masse indivise.

Nous allons voir comment et pourquoi ces idées ont successivement pénétré dans notre droit, s'y sont développées et nous ont amenés, en fin de compte, à la règle qui régit actuellement la matière : l'article 883 du Code Civil.

Comment d'abord le principe du partage déclaratif s'est-il introduit dans notre droit ?

On a prétendu que le caractère déclaratif avait son origine dans la nécessité où l'on s'était trouvé sous le régime féodal de l'inventer pour affranchir le partage du paiement des droits seigneuriaux des lods et ventes.

Non ; la règle ne s'est pas étendue du droit fiscal au droit civil, c'est l'inverse qui s'est produit.

A l'époque des invasions barbares la théorie du partage translatif dominait en Gaule. Au régime des conquérants succéda celui de la féodalité militaire. Les seigneurs concédèrent à leurs compagnons des terres sous forme de fiefs dont ils conservaient le domaine direct laissant au vassal le domaine utile ; la terre avait ainsi deux maîtres dont l'un ne pouvait transférer ses droits sans le consentement de l'autre. Le seigneur avait intérêt à ne pas laisser amoindrir le fief ; il devait donc se défendre contre les effets de l'hérédité et les conséquences de l'aliénation ; aussi le partage de même que l'aliénation étaient-ils interdits. Pocquet de Livonnières (1) écrit qu'il est défendu de démembrer les fiefs sans le consentement exprès du seigneur parce que la division qui en est faite en diminue la splendeur et qu'il importe au seigneur de les conserver dans leur intégrité.

Mais ces principes, nés de la féodalité militaire, ne furent pas observés longtemps dans notre pays et on arriva à pouvoir disposer du fief avec le consentement du seigneur. Le vassal dut payer une redevance à chaque mutation : ce furent les droits de quint ou de relief désignés d'une manière générale par l'expression de lods et ventes.

(1) I, 2, chap. I, Des fiefs.

§ II. — LE PARTAGE DU FIEF

Le fief ne pouvait pas non plus être transmis par succession, il faisait retour au seigneur à la mort du vassal ; mais, en pratique, le seigneur continuait la concession du bien aux héritiers du vassal et le fief était dévolu à l'aîné ; c'était reconnaître implicitement l'hérédité du fief laquelle fut définitivement consacrée par l'édit de Kiersy-sur-Oise.

La règle de l'indivisibilité du fief qui entraînait l'interdiction de partager entre les enfants ne domina pas non plus longtemps. Dans la lutte qu'ils entreprirent contre les grands vassaux, les petits vassaux firent reconnaître que partager n'est pas aliéner et pour les fiefs inférieurs, tout au moins, le partage fut autorisé. Aux ^{xv}^e et ^{xvi}^e siècles la liberté de partager était complète si bien qu'il n'était exigé aucun droit de relief pour les partages ; mais cette redevance n'en restait pas moins due en principe pour toute aliénation ; en conséquence le partage étant considéré comme translatif de propriété aurait dû donner lieu au paiement des droits de mutation.

§ III. — THÉORIE DES ALIÉNATIONS NÉCESSAIRES

Comment les jurisconsultes pénétrés du droit romain arrivèrent-ils à expliquer que le droit féodal prohibât l'aliénation du fief lorsqu'il avait lieu sans le consentement du

seigneur et qu'il en permit cependant le partage? Comment se faisait-il que le droit de relief qui était perçu sur toutes les aliénations en général ne l'était point sur le partage qui contenait cependant une aliénation?

Ils s'appuyèrent sur la nécessité de faire cesser l'indivision. Ils reconnaissaient dans le partage une véritable aliénation, mais ils soutenaient que cette aliénation devait échapper aux droits seigneuriaux parce qu'il était nécessaire.

Cette théorie des aliénations nécessaires avait été créée par Bartole. Il faut en chercher la genèse dans l'interprétation des lois 10 et 12 au Digeste, de *condictione furtiva* et 3 du Code, de *jure emphyteutico*.

Le droit romain donnait au propriétaire de la chose volée le *condictio furtiva*. Que fallait-il décider quand la chose volée était indivise? L'héritier dans le lot duquel elle était tombée conservait-il la *condictio*? La difficulté venait de ce que le partage étant translatif il était censé avoir aliéné la chose. Marcellus répondait que le copartageant ne conservait l'action que s'il n'avait pas provoqué le partage : *Si provocatus es, retineas*. Et il posait ce principe général : *Si dominium non tuo facto amiseris, condices*. C'est là le germe des aliénations nécessaires.

Accurse et Bartole discutèrent sur le mot *retineas*. Accurse disait que l'adjudication prononcée par le juge était suffisante pour transférer la propriété. Bartole lui opposait le principe suivant lequel ce n'est pas la conven-

tion mais la tradition qui transfère la propriété : *Traditionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur* et il ajoutait qu'il fallait s'en tenir à l'explication tirée de l'adage que nul n'est tenu de rester dans l'indivision. Puis il supposait le partage d'un fonds emphytéotique et demandait si les copartageants devaient au propriétaire du fonds la redevance dont la loi 3 C. *de jure emphyt.* frappe toutes les aliénations. Non, car si le partage contient une aliénation, c'est une aliénation nécessaire. Bartôle concluait qu'il n'était dû aucune redevance pécuniaire.

D'Argentré reprit et développa la théorie des bartolistes (1).

§ IV. — OPINION DE DUMOULIN

Dumoulin adopta le principe de l'aliénation nécessaire. Pour lui le partage est un contrat mixte : « *Est enim divisio contractus mixtus participans de distractu et contractu et de permutatione et venditione et tamen propriam et distinctam habet naturam* ». Le partage est une aliénation ; il tient à la fois de la vente et de l'échange ; sa nature est mixte et il a des caractères propres. Il n'est pas frappé du relief qui est perçu en général sur toutes les aliénations parce qu'il est une aliénation nécessaire ; *quia est alienatio necessaria*.

C'étaient donc les principes romains que Dumoulin et les

(1) *Traité des lods et ventes*, § 53 ; *Avis sur le partage des nobles* § 40.

docteurs avaient adoptés puisqu'ils conservaient au partage son caractère translatif; mais ces principes devaient être rejetés par les praticiens.

§ V. — LES PRATICIENS

Abandonnant les principes romains dont les docteurs s'étaient faits les défenseurs ils reconnurent au partage le caractère déclaratif.

Dès le temps même de Dumoulin ils raisonnaient ainsi : le relief frappe la mutation; or, comme il respecte le partage, celui-ci n'est point une aliénation.

A l'objection basée sur ce que suivant la loi romaine le partage tenait à la fois de la vente et de l'échange ils répondaient : Dans le partage il n'y a pas de mutation d'homme parce qu'après le partage on retrouve dans le fief les mêmes hommes qu'avant; il n'y a donc pas d'aliénation, et par suite le relief n'est pas dû.

Ils justifiaient leur conception de la manière suivante. Le partage ne fait entrer le bien dans le lot de l'héritier que par une espèce d'abandon des autres cohéritiers qui sont considérés comme y ayant renoncé. Chacun des héritiers étant appelé à l'universalité des biens de la succession ce qui échoit au lot de chacun y arrive par droit d'accroissement car on n'acquiert pas son propre bien.

Cette renonciation d'héritiers qui, à l'origine, avaient accepté et qui, dès lors, ne pouvaient plus transmettre

leurs droits que par une aliénation, n'était qu'une fiction et c'est sur cette fiction que fut fondée, au Palais, l'effet déclaratif du partage.

Cette théorie combattue par les jurisconsultes du droit écrit, par Dumoulin, d'Argentré, Brodeau, le président Fabre, fut longtemps restreinte aux matières féodales.

§ VI. — APPLICATION DU NOUVEAU SYSTÈME AUX MATIÈRES CIVILES

La première tentative d'application aux matières civiles paraît avoir eu lieu relativement aux retraits lignagers. Le système des praticiens prévalut encore dans une affaire touchant à la question des propres, l'affaire Bucquet, en 1536.

Les héritiers Bucquet, au nombre de trois, avaient licité les immeubles dépendant de la succession et l'un d'eux, Agnès Bucquet, s'était rendue adjudicataire. Le fisc lui réclama les lods et ventes sur la valeur totale du bien adjudgé; Agnès Bucquet, voulait au contraire, ne les payer qu'à concurrence des deux tiers.

On a prétendu que Dumoulin, abandonnant la théorie qu'il avait toujours défendue, se déclara partisan, dans cette affaire, de l'effet déclaratif et soutint la cause d'Agnès Bucquet en affirmant que celle-ci n'avait pu acheter sa propre part et que deux tiers seuls du bien adjudgé avaient été véritablement l'objet de l'adjudication; c'est

peu probable, car il est impossible de croire que Dumoulin ait été partisan de l'effet déclaratif en 1536 pour le combattre, comme nous le verrons, en 1538.

Les praticiens soutenaient que le partage n'étant point attributif, mais déclaratif, chaque cohéritier n'est présumé avoir été saisi que des choses échues en son lot. Ce système triompha dans la personne d'Agnès Bucquet.

Une affaire célèbre vint fixer définitivement dans le sens de la déclarativité le caractère du partage.

§ VII. — SORT DES HYPOTHÈQUES CONSENTIES PENDANT L'INDIVISION.

Quel devait être, après le partage, le sort des hypothèques consenties pendant l'indivision par un communiste sur un des immeubles indivis non échu dans son lot.

Les textes du droit romain sont formels :

Si fundus communis nobis sit, sed pignori datus a me, venit quidem in communi dividundo : sed ius pignoris creditori manebit, etiamsi adjudicatus fuerit : nam et si pars socio tradita fuisset, integrum maneret (1).

Et encore : *Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta cum socio, non utique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit,*

(1) L 6, § 8, Dig. com. div.

qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata (1).

Aussi tous les jurisconsultes du droit romain répondaient-ils avec Ulpien que le partage étant une aliénation les objets aliénés passaient aux mains de l'acquéreur tels qu'ils se trouvaient à l'époque de l'aliénation; que, dès lors, les hypothèques devaient les suivre dans le domaine de l'acquéreur; que le caractère d'aliénation nécessaire ne changeait pas cette solution parce qu'il n'avait d'effet qu'à l'égard des copartageants et demeurait étranger au créancier.

Les praticiens prétendaient, au contraire, que le partage ne contenait pas une aliénation; que le cohéritier tenait sa part, non du partage, mais du *de cuius*; qu'il n'avait donc pu aliéner ou hypothéquer cette part que sous la condition tacite du partage, laquelle défaillait dans le cas où l'immeuble grevé ne tombait pas dans son lot et entraînait l'hypothèque avec elle.

La question se présenta en 1538 au Parlement de Paris.

Pendant l'indivision entre quatre héritiers le seigneur avait fait saisir le fief du chef de l'un des puînés : le fief échut en entier à l'aîné, quel devait être le sort de la saisie ?

Les praticiens soutinrent que le partage produit un effet

(1) L. 7, § 4, *Dig. quib. mod. pign.*

rétroactif; que l'héritier est censé avoir été propriétaire *ab initio*. Ils prétendirent encore que la saisie aurait été valable vis à vis du puîné si celui-ci avait reçu dans son lot une part des immeubles saisis, car alors la part divisée aurait pris la place de la part indivise en vertu d'une sorte de subrogation fictive.

Dumoulin combattit vivement cette innovation et, malgré la fièvre quarte qui l'avait empêché d'assister à la réunion des avocats qui avaient émis l'opinion dans le sens de l'effet déclaratif, il inséra dans le commentaire sur la Coutume de Paris dont il corrigeait alors les épreuves une protestation énergique contre une doctrine qui heurtait les vrais principes. La question, pour lui, n'était pas douteuse; le droit des tiers devait subsister nonobstant le partage.

Mais la fiction du partage déclaratif l'emporta et le Parlement condamna son avis.

En 1565, le Parlement de Paris jugea qu'il n'y a pas d'hypothèque sur la communauté à laquelle la veuve constituante a renoncé.

En 1569, la question se posa de savoir si l'hypothèque constituée pendant l'indivision par un copropriétaire sur sa part indivise continuait après le partage sur cette part indivise.

L'arrêt du 8 janvier 1569 (1) décida que la seule part du constituant restait grevée.

(1) Louet, lettre H, somm. 44, nos 2 et 3.

Un autre arrêt fut rendu dans le même sens le 20 juillet 1571 et les arrêts du 15 mai 1581 et 2 août 1595 décidèrent que l'immeuble attribué à l'un des héritiers était dégagé des droits réels consentis par les autres héritiers pendant l'indivision.

Cette jurisprudence enleva beaucoup d'adhérents à la doctrine de Dumoulin qu'abandonnèrent Becquet, Coquille, Chopin.

Mornac commentant le frag. 7 *quibus modis pignus vel hypotheca solvitur* rapporte que la doctrine d'Ulpien sur le sort des hypothèques n'était plus suivie en France. Elle fut définitivement condamnée par Louet.

§ VIII. — POTHIER

Il est le guide des jurisconsultes de son temps et les rédacteurs du Code Civil se sont imprégnés de sa doctrine. Il est partisan convaincu du nouveau système. Voici en quels termes il analyse le caractère du partage (1).

« Les partages ne sont pas regardés dans notre jurisprudence comme des titres d'acquisition mais comme des actes qui n'ont d'autre effet que de déterminer la part de chacun des cohéritiers qui, avant le partage était indéterminée aux seules choses qui étoient à ce cohéritier par son lot de partage. Suivant ce principe chaque cohéritier

(1) *Introduction au traité des successions*, art. VI.

est censé avoir succédé seul directement au défunt à toutes les choses échues à son lot et n'en rien tenir de ses cohéritiers et il est pareillement censé n'avoir succédé à aucune autre chose qu'à ce qui lui est échu dans son lot. »

Quelles sont les conséquences de ce principe ?

« C'est en conséquence de cette jurisprudence que les partages ne donnent ouverture à aucun profit et que les créanciers particuliers de chaque héritier ne peuvent prétendre aucune hypothèque que sur les biens échus au lot de l'héritier leur débiteur. De là suit que les créanciers particuliers d'un héritier ayant intérêt qu'il tombe dans le lot de leur débiteur des biens sur lesquels ils puissent se venger peuvent, pour lui, intervenir au partage ».

Cette doctrine a passé dans le Code Civil.

§ IX. — DIVERGENCES A LA FIN DE L'ANCIEN DROIT SUR L'ÉTENDU DE LA RÈGLE

A la fin de l'ancien régime on a tenté d'étendre le principe de l'effet déclaratif. Bourjon, Lebrun, Pothier et les autres jurisconsultes de cette époque ont toujours discuté sur la sphère d'application qu'il convenait de donner à la déclarativité.

Ainsi par exemple deux héritiers licitent l'immeuble provenant de la succession de leur père ; un des copartageants est déclaré adjudicataire. Dans les rapports avec les créanciers celui-ci sera censé avoir toujours été propriétaire ;

pas de discussion sur ce point. Mais vis-à-vis de son conjoint le colicitant pourra-t-il prétendre que cet immeuble lui reste propre ?

Ferrière n'applique pas l'effet déclaratif. L'immeuble n'est propre que pour la moitié acquise par l'époux ; pour l'autre moitié il est acquêt.

Renusson applique ou n'applique pas l'effet déclaratif suivant que le cohéritier adjudicataire a payé ou non son prix en valeurs héréditaires ; dans le premier cas l'immeuble est propre ; dans le second il est acquêt pour la moitié.

Lebrun (1) et Pothier (2) appliquent l'effet déclaratif et l'immeuble est propre pour le tout.

§ X. — LE CODE CIVIL. — LA RÈGLE DE L'ARTICLE 883

La sphère d'application du principe déclaratif n'était donc pas nettement déterminée quand il passa dans le Code Civil avec l'article 883. Cet article ne nous dit même pas si c'est entre les parties ou à l'égard des tiers que chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession et il serait mal aisé de rechercher dans les travaux prépara-

(1) *Succ.*, Liv. IV, chap. I, n^{os} 35.

(2) *Traité des propres*, n^o 57.

toires un éclaircissement sur ce point, l'article n'ayant pas été discuté.

Cependant nous croyons qu'il est difficile de se prononcer en faveur du caractère absolu de cette règle sur la portée de laquelle nos anciens auteurs eux-mêmes, nous venons de la constater, n'étaient pas d'accord.

Notre conviction, au contraire, est qu'il faut y voir un caractère simplement relatif.

C'est le but que nous nous proposons maintenant d'atteindre.

CHAPITRE III

Caractère de la règle de l'article 883

SECTION I

Première opinion : c'est une fiction

C'est l'opinion dominante. L'avocat général Talon, le premier, dans l'ancien droit, l'a formulée ainsi (1) : « Tous les héritiers ont part au tout et dans toutes les parties du tout ; et cela ne se pouvant faire réellement sans faire violence à la réalité et à l'indivisibilité des substances, la loi le fait par une fiction civile afin que les cohéritiers conservent chacun le droit qui leur appartient. Que si par le partage ou par une licitation, l'un des cohéritiers se rend adjudicataire de la totalité de la chose indivisible, la fiction de la loi cesse et les lois retournent à leur nature et à leur vérité ; et celui qui s'est rendu propriétaire par le partage ou par la licitation est réputé l'avoir toujours

(1) Merlin, Rep 40. Licitation.

été ou plutôt la fiction de la loi opère que celui duquel la portion est vendue n'a jamais été propriétaire. »

Brodeau, Lebrun et Pothier reconnaissent cette idée de fiction.

Dans le droit moderne, Laurent (1) interprète la règle de l'article 883 comme une fiction. Il s'appuie sur le texte du Code qui ne dit pas que chaque cohéritier succède seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, mais que chaque héritier est *censé* avoir succédé seul. C'est là une fiction. De ce que le principe de l'article 883 est une fiction, M. Laurent en conclut qu'il n'est pas en harmonie avec la réalité des choses ; que le partage n'est pas déclaratif. La fiction ressort avec évidence dans la licitation et dans le partage avec soulte qui est une véritable vente jusqu'à concurrence du montant de la soulte. Le partage présentant les caractères de l'échange, si la loi n'admet pas qu'il y ait transfert de la propriété il faut dire qu'elle exprime une fiction. L'idée de fiction est d'ailleurs pleinement démontrée par les termes : « est censé ».

Quelles conséquences devra-t-on tirer de ce caractère de la règle de l'article 883 ? C'est qu'elle devra être interprétée restrictivement et qu'on ne pourra l'étendre au-delà des cas particuliers pour lesquels elle a été créée, c'est-à-dire qu'elle devra être restreinte aux rapports des cohé-

(1) T. X, n^{os} 325 et s.

ritiers entre eux et aux rapports des héritiers avec les ayants cause de leurs cohéritiers.

Quoique M. Demolombe ne reconnaisse pas absolument au partage le caractère translatif, mais plutôt une nature mixte, il n'en conclut pas moins à l'idée de fiction (1) « Il faut convenir que la fiction joue un plus grand rôle dans la règle du partage déclaratif en tant qu'elle s'applique à la licitation et aux soultes.... Voilà pourquoi tout en admettant que la règle consacrée par l'article 883 sur l'effet déclaratif du partage est générale, nous ajoutons pourtant cette réserve qu'il sera nécessaire de la combiner dans ses différentes applications soit avec les textes, soit avec les principes généraux qui régissent les autres matières de droit civil et qu'il pourra même parfois arriver qu'elle se trouve ainsi modifiée plus ou moins. »

MM. Aubry et Rau admettent aussi l'idée de fiction (2).

SECTION II

Deuxième opinion : condition résolutoire

Certains critiques modernes ont recherché dans d'autres principes les caractères de la règle de l'article 883. Ils se sont demandé s'il ne fallait pas plutôt y trouver une condition résolutoire, et voici comment ils analysent ce sys-

(1) T. XVII, n^{os} 264.

(2) T. VI, §. 625, note 12.

tème : chaque héritier a un droit conditionnel sur tous les biens de la succession. La condition se réalise pour ceux de ces biens qui tombent dans son lot. Vis-à-vis d'eux il est réputé avoir toujours été propriétaire. Sur les lots échus à ses cohéritiers la condition étant défaillie son droit disparaît. Par suite de la rétroactivité de la condition ces effets remontent au jour du décès.

M. Planiol (1) adopte ce système « L'idée d'une condition suspensive, dit-il, paraît bien être l'achèvement véritable de toute cette construction juridique, le terme final auquel on doit aboutir. La simple fiction n'est qu'une demi-explication qui qualifie le résultat obtenu à savoir la formation de lots exclusifs et indépendants les uns des autres, sans faire comprendre par quels procédés il est réalisé. »

Nous ne croyons pas que telle a été la pensée du législateur de 1804. L'expression dont il se sert « chaque cohéritier est censé » prouve bien qu'il avait en vue l'idée d'une fiction qui était celle d'ailleurs de nos anciens auteurs. Le système de M. Planiol favorise évidemment l'extension du principe de l'effet déclaratif.

Quoi qu'il en soit, et si cette manière de voir devait être admise, nous estimons qu'il y aurait lieu de la rejeter dans le cas particulier d'un conflit entre créancier hypo-

(1) T. III, 3^e éd., n° 2.379.

thécaire et créancier chirographaire quand l'immeuble est attribué à un autre que le constituant.

Le créancier chirographaire ne pourrait soutenir que son débiteur n'a jamais pu hypothéquer l'immeuble et que par conséquent le prix doit être distribué entre tous les créanciers comme chose mobilière ; car si l'hypothèque est résolue quant au droit de suite elle subsiste au profit du créancier hypothécaire dont le droit de préférence n'est pas anéanti.

C'est ce que nous nous proposons d'établir notamment dans les chapitres VI, IX, X et XI suivants.

CHAPITRE IV

Esprit, but et limite de l'article 883

Dans le droit romain, nous l'avons vu, le partage était attributif. Cette solution donnait le caractère vrai du partage, lequel contient un échange; chaque cohéritier acquiert la part indivise de son cohéritier et aliène sa propre part dans le lot qui échoit à son copartageant; le partage comporte donc une aliénation.

Ce système, quoique conforme à la vérité, présentait de graves inconvénients : l'héritier dans le lot duquel tombait l'immeuble était tenu de toutes les charges dont était grevé cet immeuble; il restait exposé aux poursuites des créanciers qui pouvaient faire vendre le bien; d'où recours des héritiers entre eux.

Si le législateur avait adopté les principes du droit romain il faisait renaître tous les inconvénients de ce système; aussi préféra-t-il remplacer la vérité juridique par la fiction. Le communiste est considéré comme ayant toujours été propriétaire de la part qui lui est échue et il est censé tenir son droit du défunt lui-même; en un mot

dans notre droit, le partage est déclaratif et non attributif ; mais c'est là une fiction créée dans l'intérêt unique des communistes et non dans l'intérêt des tiers. Le but du législateur a été d'assurer l'égalité entre les cohéritiers ; il ne s'est pas occupé des tiers. L'article 883 est placé dans le titre des successions qui ne traite que des intérêts généraux des héritiers : ouverture des successions, qualités pour succéder, rapports et partage, garanties des lots. La pensée qui a fait adopter l'article 883 a été d'assurer la paix et la tranquillité des familles et d'éviter avec les recours d'héritier à héritier, les complications de procédures et les frais. Cette pensée se dégage d'ailleurs assez nettement des termes dont s'est servi le législateur : « chaque cohéritier est censé avoir succédé seul » ; il s'agit là de succession, c'est-à-dire des rapports des cohéritiers entre eux et non des étrangers ; « à tous les effets compris dans son lot » c'est-à-dire que l'immeuble dont le cohéritier s'est trouvé loti est réputé, vis-à-vis lui, net de toutes charges ; s'il a acquis cet immeuble dans une licitation ou s'il a dû, dans le partage, fournir une soulte à ses cohéritiers, ce prix et cette soulte prennent la place de l'immeuble vis-à-vis des créanciers, et de même que, dans la purge, la loi a eu en vue l'intérêt du tiers détenteur, en matière de partage, l'article 883 n'a pour but que la défense des intérêts des communistes ; dans les deux cas c'est la stabilité de la propriété qui est en jeu et ce sont les recours en garantie que l'on a voulu éloigner.

Assurer l'égalité entre les cohéritiers en empêchant que la part échue à chacun d'eux se trouve amoindrie à la suite des actes accomplis par les autres, voilà quelle est la raison d'être de l'article 883.

Ces principes ont été magistralement mis en lumière par M. le Procureur général Baudouin dans ses réquisitions conformes à l'arrêt des Chambres réunies du 5 décembre 1907 (1) et que nous pouvons résumer ainsi :

La règle de l'article 883 s'inspire exclusivement de l'intérêt des cohéritiers ; elle a pour but capital, bien plus, unique, la protection du lot de chaque copartageant contre la répercussion des actes accomplis par les autres durant l'indivision.

Ainsi la limite d'application de l'article 883 est l'intérêt des cohéritiers ; chaque fois que cet intérêt ne sera pas en jeu le caractère véritable du partage reprendra son empire.

Donc dans un débat qui s'élève entre créancier hypothécaire et créancier chirographaire, tout ce que demande l'intérêt du cohéritier adjudicataire, c'est que l'immeuble ne puisse être saisi entre ses mains et vendu ; mais pourquoi cet intérêt empêcherait-il le créancier hypothécaire d'être colloqué dans l'ordre à son rang sur le prix de l'immeuble et l'obligerait-il à venir au marc-le-franc avec le créancier chirographaire ? Admettre cette solution c'est

(1) D. 1908, 4, 113.

aller contre l'esprit et le but de l'art. 883 et outrepasser ses limites.

L'hypothèque sera bien résolue quant au droit de suite ; mais ses effets devront être maintenus quant au droit de préférence. En un mot le droit de préférence peut et doit survivre au droit de suite.

Avant de justifier cette proposition nous croyons utile de présenter un exposé sommaire de la jurisprudence sur notre question.

CHAPITRE V

L'opinion de la jurisprudence.

Nous ne donnerons pas une analyse dans l'ordre chronologique des arrêts qui se sont prononcés d'une manière générale sur la portée de l'art. 883 et en particulier dans le règlement du conflit qui peut naître entre créancier hypothécaire et créancier chirographaire d'un copartageant : la lecture en serait fastidieuse. Nous grouperons ensemble les décisions basées sur des motifs semblables et nous en ferons un tableau très succinct.

La jurisprudence reconnaît au principe de l'effet déclaratif une portée absolue.

« L'effet déclaratif du partage s'applique aux créanciers des communistes comme aux communistes eux-mêmes et fait disparaître le droit de préférence aussi bien que le droit de suite » dit la Cour de Cassation dans un arrêt du 29 Janvier 1900 (1). Même motif dans un arrêt de Bordeaux du 25 novembre 1897 (2).

(1) S. 1900, 1, 337.

(2) D. 1898, 2, 377.

Nous verrons, dans la suite, que la jurisprudence n'est pas toujours fidèle au principe absolu de l'effet déclaratif et qu'elle lui donne dans plus d'un cas une portée toute relative.

L'argument principal invoqué pour soutenir le caractère absolu de la règle et déclarer la nullité de l'hypothèque aussi bien au point de vue du droit de préférence que du droit de suite est basé sur le défaut de propriété du constituant.

Voici quelques arrêts.

« En effet, dit un considérant de la Cour de Paris du 11 Janvier 1867 (1) la femme G.... qui n'avait sur l'immeuble qu'un droit conditionnel et résoluble n'a pu constituer sur cet immeuble qu'un droit également conditionnel et résoluble ; l'hypothèque résolue comme le droit de la femme G.... par l'effet de la licitation et par conséquent ne pouvant produire aucun droit de suite, ne peut, par la même raison, produire aucun droit de préférence, ce qui constituerait un droit hypothécaire sans hypothèque ».

Mêmes décisions de la Cour de Nîmes du 6 novembre 1869 (2), de la Cour d'Alger du 8 janvier 1877 (3), de la Cour de Caen du 18 mai 1877 (4) et enfin de la Chambre

(1) S. 1867, 2, 258.

(2) D. 1871, 2, 37.

(3) D. 1878, 2, 185, 2^e espèce.

(4) D. 1878, 2, 185 3^e espèce.

des Requêtes du 16 avril 1888 (1) qui a statué dans ce sens :

« Celui qui n'a sur un immeuble qu'un droit résoluble ne peut consentir sur cet immeuble qu'une hypothèque soumise à la même condition ;

« Il résulte de cette règle combinée avec celle de l'art. 883 que le copartageant d'un immeuble indivis étant réputé n'en avoir jamais été propriétaire quand la licitation le fait entrer dans un autre lot, les hypothèques conférées sur cet immeuble à ses créanciers par ledit copartageant restent sans valeur et sans effet comme consenties sans qualité ».

La plupart des décisions qui ont été rendues depuis cet arrêt ont suivi la Cour de Cassation dans ce raisonnement et ont tiré cette conséquence que l'hypothèque disparaît aussi bien au point de vue du droit de préférence qu'au point de vue du droit de suite.

Nous dirons dans l'un des chapitres suivants ce que nous pensons de cet argument.

Quelques arrêts se sont cependant écartés de cette manière de voir ; nous en revoyons l'étude au chapitre VII pour la facilité de notre argumentation.

(1) D. 1888, 1, 349.

CHAPITRE VI

Survie du droit de préférence au droit de suite

Nous avons établi que la règle de l'art. 883 a été créée exclusivement dans l'intérêt des communistes. Cet intérêt n'étant pas engagé dans le débat qui s'élève entre créancier hypothécaire et créancier chirographaire, il nous reste à examiner si le droit du premier peut se scinder sans nuire aux cohéritiers ; en un mot si le droit de préférence peut survivre au droit de suite.

Non seulement le droit de préférence peut survivre au droit de suite, mais il peut exister sans lui et survivre même à l'extinction de l'hypothèque.

Cette proposition fera l'objet des cinq sections suivantes.

SECTION I

Considérations générales

L'hypothèque confère au créancier deux droits : un droit de préférence et un droit de suite.

Le premier lui assure la priorité sur les créanciers chirographaires de son débiteur et même sur les créanciers privilégiés ou hypothécaires dont le rang est inférieur au sien. Il s'exerce sur le prix de l'immeuble. La question du droit de préférence s'élèvera donc toutes les fois qu'il s'agira de répartir entre les divers créanciers, et suivant leur rang, le prix provenant de la vente de l'immeuble. Cette répartition se fait à l'aide d'une procédure spéciale appelée procédure d'ordre.

En droit commun, le droit de gage du créancier cesse d'exister lorsque la chose sur laquelle porte ce droit vient à disparaître du patrimoine.

Il n'en est pas de même en matière hypothécaire. L'hypothèque donne au créancier le droit de suivre l'immeuble en quelque main qu'il passe. Le créancier est mis ainsi à l'abri des aliénations consenties par son débiteur : il peut saisir l'immeuble sur l'acquéreur et le faire vendre. Cette faculté accordée au créancier de suivre son gage partout où il se trouve est le droit de suite. Evidemment, ce droit n'est pas un droit distinct de l'hypothèque ; c'est l'hypothèque elle-même qui est exercée sous la forme d'action réelle contre un acquéreur. De même, le droit de préférence n'est aussi qu'une conséquence qu'a l'hypothèque d'être un droit réel opposable à tous. Mais il n'en est pas moins vrai que le droit de préférence peut-être tout à fait séparé du droit de suite ; ainsi par exemple, les privilèges sur les meubles produisent un droit de

préférence sans produire le droit de suite ; de même, en matière de purge, l'hypothèque peut être éteinte vis-à-vis l'acquéreur en ce sens que l'immeuble ne peut plus être saisi sur lui ; mais elle subsiste en faveur des créanciers inscrits qui peuvent se faire colloquer sur le prix ; l'hypothèque est éteinte comme droit de suite, mais elle subsiste comme droit de préférence.

SECTION II

Historique

§ 1. — DROIT ROMAIN

Le droit romain différait sensiblement, quant au droit de préférence et quant au droit de suite, de notre droit.

Les hypothèques étaient occultes et c'était la date de leur constitution qui déterminait leur rang ; entre créanciers hypothécaires c'était donc celui qui avait le titre le plus ancien qui était préférable ; d'où la maxime : « *Prior tempore, potior jure* ».

Le droit de suite avait pour but direct le délaissement de l'immeuble.

Le *jus possidendi* confère au créancier hypothécaire, à l'échéance, le droit de se mettre en possession de la chose par l'action hypothécaire, *vindicatio pignoris*. C'est une

action réelle de même nature que la revendication, une *vindicatio pignoris* par laquelle le créancier hypothécaire réclame la possession (*possessionem persequitur*). C'est une action arbitraire. Le juge rend un *arbitratus* prescrivant au défendeur de délaisser ou de payer; celui-ci est absous lorsqu'il livre la chose au créancier. Elle lui assure ainsi son droit de préférence lorsqu'il se fait attribuer la possession de la chose qu'il soustrait, par ce fait, aux autres créanciers à moins que son action ne se trouve paralysée par une exception d'un autre créancier hypothécaire; s'il est préférable en rang il aura pour répondre à cette exception une réplique, la réplique de priorité de rang. Ainsi c'est toujours celui dont le rang sera préférable qui obtiendra ou conservera la possession.

On voit qu'en droit romain l'hypothèque était plutôt un gage différé et que le créancier demandait à être mis en possession comme un gagiste.

L'objet direct de la poursuite était l'abandon du bien et là se bornait, à l'origine, le droit du créancier; mais celui-ci faisait joindre à la convention d'hypothèque une clause par laquelle, faute de paiement à l'échéance, il deviendrait propriétaire de la chose, c'était la *lex commissoria*, ou encore il se faisait reconnaître le droit de vendre le gage. Au deuxième siècle cette clause devient usuelle; la sûreté hypothécaire ne consiste plus seulement pour le créancier en une prise de possession qui rend la chose indisponible entre ses mains, elle lui permet de transformer la chose

en argent et de se payer sur le prix : c'est le *jus distrahendi*. Ulpien décide que le créancier a le droit de vendre sans clause expresse. Cette vente n'est soumise à aucune forme spéciale ; le créancier y procède lui-même à l'amiable.

Une fois le bien vendu si le premier créancier n'est pas totalement désintéressé les créanciers d'un rang inférieur voient leur droit complètement anéanti. Le premier créancier lui-même ne conserve plus qu'une action personnelle contre le débiteur. Si, au contraire, le premier créancier est désintéressé et qu'il reste un disponible les créanciers postérieurs ont un droit sur ce reliquat ou *superfluum*. Quelle action avaient-ils pour faire valoir leur droit ? Il faut admettre qu'ils avaient une action *pigneratitia in personam directa utilis*. Leur droit hypothécaire s'est transformé en un droit sur le prix ; à la sûreté réelle qu'ils possédaient primitivement a succédé un simple droit de créance sur le *superfluum*. C'est le premier créancier qui doit distribuer aux créanciers postérieurs le reliquat du prix ; c'est l'application de la règle *prior tempore, potior jure*. Le droit de suite des créanciers est anéanti mais il existe à leur profit un droit qui s'exercera sur le reliquat du prix ; c'est-à-dire qu'un droit de préférence survit à l'action hypothécaire qui est éteinte.

Le droit romain admettait l'hypothèque sur les meubles lesquels étaient soumis au droit de suite du créancier.

§ 2. — ANCIEN DROIT

Il n'en était pas de même en France où, sauf dans les pays de droit écrit et quelques autres, les meubles ne pouvaient être hypothéqués. Ces pays d'exception nous fourniront la preuve, dans la section suivante, de l'existence d'un droit de préférence sans droit de suite.

Le droit de préférence survivait encore dans la procédure des décrets et des lettres de ratification.

I. — Des décrets forcés

Lorsque l'adjudication par décret des immeubles d'un débiteur a eu lieu, ce décret purge tous les droits réels. Les créanciers qui veulent conserver le bénéfice de leur privilège ou hypothèque doivent former une opposition. Si l'opposition a été faite, les créanciers peuvent obtenir leur collocation sur le prix de la vente. Cette opposition ne conserve que le droit de préférence ; le droit de suite demeure éteint par décret. Donc survie du droit de préférence au droit de suite dans cette hypothèse.

II. — Des décrets volontaires

Pour arriver à purger l'immeuble qu'il avait acquis l'acquéreur le faisait saisir réellement par un ami. Après sommation à l'acquéreur on suivait la procédure du décret forcé jusqu'à la vente.

Si les créanciers n'avaient pas formé opposition les hypothèques étaient purgées.

Dans le cas contraire le droit de suite disparaissait mais le droit de préférence subsistait.

III. — *Lettres de ratification*

Les propriétaires qui voulaient purger leurs immeubles devaient déposer au greffe du baillage leur contrat d'acquisition lequel était affiché. S'il ne se présentait aucun créancier pour surenchérir du dixième ou pour faire opposition des lettres de ratification étaient expédiées et l'acquéreur demeurait propriétaire incommutable. A défaut d'opposition l'hypothèque était éteinte. S'il avait été formé opposition le créancier hypothécaire opposant conservait le droit d'obtenir sur l'immeuble le paiement de sa créance.

Là encore le droit de préférence survivait au droit de suite.

§ 3. — DROIT MODERNE

Les hypothèques, d'occultes qu'elles étaient, sont devenues publiques.

Dans l'ancien droit le créancier hypothécaire qui voulait être colloqué sur le prix de l'immeuble était obligé de former opposition au décret ou à la délivrance des lettres de ratification.

Aujourd'hui le droit de préférence se conserve par la formalité de l'inscription.

SECTION III.

Cas où le droit de préférence existe sans le droit de suite.

§ I. — ANCIEN DROIT.

Nous avons dit que, contrairement à ce qui existait dans le droit romain, les meubles n'étaient pas chez nous, autrefois, susceptibles d'hypothèques.

Il en était autrement cependant dans les pays de droit écrit et dans d'autres provinces, notamment en Bretagne, en Normandie et dans le ressort du Parlement de Toulouse. Suivant la coutume de Normandie les créanciers étaient colloqués sur les meubles dans l'ordre de leur hypothèque; mais en droit romain les meubles pouvaient être suivis par l'hypothèque; tandis que dans nos anciennes provinces l'adage : « Meubles n'ont pas de suite par hypothèque » privait les créanciers de ce droit.

Le droit de préférence existait donc seul sans droit de suite.

§ II. — PRIVILÈGES SUR LES MEUBLES.

Aux termes de l'art. 2119 les meubles n'ont pas de suite par hypothèque. Cet article n'est que la reproduction de l'art. 447 de la coutume d'Orléans duquel il résulte que le privilège sur les meubles est attributif d'un simple droit de préférence sans droit de suite.

C'est ce que reconnaissent Demante et Colmet de Santerre (1) qui attribuent à ces privilèges la qualité de véritables hypothèques, mais le droit hypothécaire y est amoindri; ils sont diminués du droit de suite et réduits à l'état de droit de préférence. Pour ces auteurs le droit de suite n'est que le complément du droit de préférence qui constitue l'essence même de l'hypothèque.

MM. Aubry et Rau (2) nous apprennent qu'il y a des causes de préférence purement personnelles, en ce sens qu'elles n'ont d'effet qu'à l'égard du débiteur lui-même et de ses créanciers chirographaires; il y en a d'autres, au contraire, qui présentent un caractère complet de réalité en ce qu'elles peuvent être exercées par voie de suite contre tout tiers détenteur. On doit ranger dans la catégorie des causes de préférence purement personnelles les privilèges généraux de l'art. 2101 en tant qu'ils s'exercent sur des meubles ainsi que les privilèges spéciaux sur certains meubles. Ces privilèges s'exercent au préjudice des créanciers chirographaires sur le prix de la vente, mais ils ne peuvent être opposés ni à l'acheteur, ni aux cessionnaires, ni au tiers possesseur : Meubles n'ont pas de suite par hypothèque.

Laurent (3) confirme cette opinion et reconnaît que les privilèges mobiliers ne donnent qu'une préférence pure-

(1) T. X, n° 6 *bis*, III.

(2) T. III, § 256.

(3) T. XXIX, n° 314.

ment personnelle c'est-à-dire qu'ils n'ont d'effet qu'à l'égard des créanciers chirographaires et qu'ils ne donnent pas le droit de suite.

D'après Troplong (1) les meubles sont exemptés du droit de suite, mais le prix peut être affecté par certaines causes de préférence. Et cet auteur en conclut que le droit de préférence est tout à fait séparé du droit de suite et que rien n'empêche que le droit de préférence n'ait lieu quand le droit de suite n'existe plus. « C'est une vérité à laquelle il faut faire une grande attention, ajoute-t-il, car j'ai vu beaucoup de personnes qui, faute d'avoir réfléchi sur l'ensemble de nos lois hypothécaires, étaient imbuës de l'opinion que le droit de préférence est l'accessoire inséparable du droit de suite. C'est une erreur féconde en conséquences funestes et contre laquelle on ne saurait trop s'élever ».

§ III. — PRIVILÈGE DE SÉPARATION DES PATRIMOINES.

La séparation des patrimoines est un droit de préférence existant au profit des créanciers du défunt grâce auquel ils sont payés sur les biens de la succession avant les créanciers de l'héritier.

La séparation des patrimoines constitue-t-elle un véritable privilège? C'est-à-dire, existe-t-il au profit des créan-

(1) *Priv. et Hyp.*, nos 395 à 414.

ciers du défunt, outre le droit de préférence qui est conféré par la loi à ce privilège, un droit de suite permettant à ces créanciers de suivre l'immeuble entre les mains de l'acquéreur?

Nous soutenons que la séparation des patrimoines ne donne qu'un droit de préférence sans droit de suite.

C'était la solution adoptée dans l'ancien droit.

Pothier disait : « La séparation des patrimoines permet seulement aux créanciers de la succession, *tant que les biens sont entre les mains de l'héritier*, de se faire payer ce qui leur est dû par préférence aux créanciers personnels de l'héritier ». Et les rédacteurs du Code Civil ont purement et simplement déclaré qu'il fallait s'en tenir à la tradition sur ce point. D'ailleurs l'art. 880 du C.C. est formel : « A l'égard des immeubles l'action peut-être exercée tant qu'ils existent dans la main de l'héritier ».

L'opinion adverse oppose, il est vrai, non pas un article, mais un mot de l'art. 2111 : « Les créanciers et légataires qui demandent la séparation des patrimoines conformément à l'art. 878 au titre des successions conservent à l'égard des créanciers des héritiers ou représentants du défunt leur *privilège* sur les immeubles de la succession par les inscriptions faites sur chacun de ces biens dans les six mois à compter de l'ouverture de la succession ».

C'est le mot *privilège*, introduit dans cet article, qui prouverait que l'intention du législateur a été de faire de la séparation des patrimoines un véritable privilège con-

férant non seulement le droit de préférence mais aussi le droit de suite.

Mais nos anciens auteurs eux-mêmes, quoique ne reconnaissant pas à ce bénéfice le droit de suite, employaient le mot privilège et ils ont été imités par les législateurs du Code Civil, d'autant que cette expression servait à désigner les droits de préférence de toute nature.

La théorie contraire tire un autre argument de l'article 2113, C. C. d'après lequel les créances privilégiées qui devaient être inscrites dans un délai déterminé et qui ne l'ont pas été « ne cessent pas néanmoins d'être hypothécaires ». C'est donc, dit-on, que la séparation des patrimoines a le caractère hypothécaire. Non, l'article 2113 veut simplement dire que les créanciers qui n'auront pas pris inscription dans les six mois seront primés par les créanciers de l'héritier inscrits avant eux.

Nous ajouterons enfin que l'article 2111 est placé dans une section exclusivement consacrée au droit de préférence (1).

(1) Dans ce sens Aubry et Rau, t. VI, § 619 ; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 871, p. 758. La jurisprudence est en sens contraire. Pau, 10 janvier 1887, D. 87, 2, 173 ; Aix, 4 décembre 1893, D. 95, 2, 273, S. 96, 2, 17 ; V. cep. : Trib. civ. d'Aix, 18 mars 1873 ; d'Espalion, 21 janvier 1886 ; Trib. civ. Seine, 21 janvier 1887, *Gaz. Pal.*, 87, 1, 35.

SECTION IV

Cas où le droit de préférence survit au droit de suite

§ I. — OMISSION D'UN CRÉANCIER DANS LE CERTIFICAT DÉLIVRÉ
PAR LE CONSERVATEUR (ARTICLE 2198)

Cet article décide que le créancier, omis dans le certificat délivré par le Conservateur à l'acquéreur qui veut purger, perd bien son droit de suite à l'égard de cet acquéreur, mais conserve cependant son droit de préférence pour se faire colloquer dans l'ordre à son rang.

La loi s'est trouvée ici en présence de deux personnes également favorables : le créancier omis et le tiers acquéreur. Elle s'est prononcée en faveur du tiers acquéreur.

Voilà donc un argument irréfutable dans le sens de la survivance du droit de préférence au droit de suite.

§ 2. — SUBROGATION PAR LA FEMME EN FAVEUR DU TIERS
ACQUÉREUR D'UN IMMEUBLE DU MARI. (LOI DU 13 FÉVRIER 1889)

L'hypothèque légale de la femme mariée est une entrave sérieuse apportée au crédit du mari ; aussi les acquéreurs ou les prêteurs ont-ils soin de faire renoncer la femme à l'exercice de cette hypothèque légale ou de s'en faire céder le bénéfice par voie de subrogation. Ces conventions, discutées sous l'empire du Code Civil, furent

définitivement reconnues valables par la loi du 23 mars 1855, article 9, qu'est venue modifier la loi du 13 février 1889.

La renonciation de la femme à son hypothèque légale peut être expresse ou tacite.

La renonciation tacite, au profit d'un acquéreur, résulte du concours de la femme à l'acte d'aliénation.

D'après l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 la renonciation doit être faite par acte authentique et les cessionnaires n'en sont saisis à l'égard des tiers que par l'inscription de l'hypothèque de la femme prise à leur profit ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante.

Avant la loi de 1889 on se demandait si ces règles de publicité contenues en l'article 9, étaient applicables dans le cas où la renonciation de la femme à son hypothèque résultait de son concours à l'acte d'aliénation de l'immeuble grevé de cette hypothèque.

Deux partis s'étaient formés :

Les uns soutenaient que l'article 9 de la loi de 1855 n'était pas applicable. L'acquéreur n'avait qu'à transcrire son titre pour rendre opposable aux tiers la renonciation à l'hypothèque légale qui y était contenue.

D'autres, au contraire, prétendaient que l'article 9 était applicable.

Dans l'incertitude où les mettait cette controverse les acquéreurs se voyaient dans la nécessité, afin d'avoir

toute sécurité, de purger l'immeuble. Pour beaucoup c'étaient des frais considérables dépassant même souvent la valeur de l'immeuble. La loi du 13 février 1889 vint mettre, à bon droit, un terme à ce désastreux état de choses en consacrant législativement la première opinion. L'acquéreur n'a pas à remplir les conditions de publicité fixées par l'article 9 de la loi de 1855 ; il n'a qu'à faire transcrire son titre d'où résulte la renonciation de la femme à son profit.

Si l'acte de renonciation est postérieur à l'aliénation il en devra faire mention en marge de la transcription de son acquisition.

Cette transcription ou cette mention produit un double effet :

Elle rend la renonciation à l'hypothèque légale opposable aux tiers.

Elle opère la purge de l'hypothèque légale sur l'immeuble aliéné ; mais la femme conserve son droit de préférence sur le prix.

L'hypothèque n'est donc éteinte qu'au point de vue du droit de suite. Le droit de préférence subsiste. La loi est formelle.

§ III. — PURGE DES HYPOTHÈQUES LÉGALES NON INSCRITES (ARTICLES 2193-2195)

Lorsque l'acquéreur d'un immeuble veut purger les

hypothèques existant sur cet immeuble il notifie son contrat à tous les créanciers inscrits ; mais il ne peut faire cette offre aux créanciers à hypothèque légale qui sont dispensés d'inscription et, par conséquent, lui sont inconnus.

Aussi la loi a-t-elle mis à sa disposition une procédure spéciale de purge (art. 2193 à 2195 C. C.)

L'acquéreur doit d'abord faire transcrire son titre et ensuite le porter à la connaissance des intéressés par un ensemble de mesures de publicité : dépôt au greffe de la copie dûment collationnée du titre ; affichage de l'extrait de ce titre dans l'auditoire du tribunal pendant deux mois.

Le dépôt fait au greffe est notifié à la femme de l'aliénateur, au subrogé tuteur du pupille et de l'interdit, s'ils sont connus et en outre au ministère public.

Si ces incapables sont inconnus lesdites notifications sont insérées dans les journaux.

A compter de ce jour ou de celui de l'affichage au prétoire du tribunal deux mois sont donnés aux incapables pour prendre inscription.

Deux cas peuvent alors se présenter :

I. Une inscription est prise dans le délai de deux mois.

L'hypothèque légale conserve tout son effet (art. 2194.)

II. Aucune inscription n'a été prise dans le délai de deux mois.

Les hypothèques légales sont purgées (art. 2195, al. 1),

mais l'extinction de ces hypothèques n'est pas entière. Le droit de suite est bien perdu, mais l'incapable conserve son droit de préférence sur le prix.

La question était très controversée avant la loi du 21 mai 1858 qui a réorganisé la procédure d'ordre. La Cour de Cassation se prononçait pour l'extinction totale de l'hypothèque. Les Cours d'appel et la doctrine conservaient le droit de préférence. La loi du 21 mai 1858 a consacré législativement la survivance du droit de préférence (art. 772, Cpr. C.) Deux conditions sont imposées à la conservation de ce droit : qu'un ordre soit ouvert dans les trois mois qui suivent l'expiration du délai fixé par l'art. 2195 et que le créancier bénéficiaire à l'hypothèque légale produise à cet ordre conformément à l'art. 717, Cpr. C.

§ IV. — SURVIE DES HYPOTHÈQUES OCCULTES EN CAS DE SAISIE IMMOBILIÈRE

Nous savons que les hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs et des interdits sont, en principe, dispensées d'inscription pendant toute la durée du mariage ou de la tutelle et l'année qui suit.

En cas de saisie des immeubles appartenant au mari ou au tuteur toutes les hypothèques sont purgées par la transcription du jugement d'adjudication.

Cependant les hypothèques des incapables ne disparaissent pas entièrement. Le droit de préférence subsiste. C'est ce qu'a décidé la loi du 21 mai 1858 modifiant l'art 717, Cpr. C. Sous condition de produire à l'ordre dans les délais impartis, soit par l'art. 754, si l'ordre est judiciaire, soit par les art. 751 et 752, si l'ordre est amiable, ces incapables conservent leur droit de préférence sur le prix.

§ V. — PURGE DES HYPOTHÈQUES INSCRITES

L'acquéreur d'un immeuble hypothéqué qui veut purger notifie son titre aux créanciers conformément à l'art. 2183, C. C. C'est une offre qu'il leur fait de la valeur de l'immeuble moyennant mainlevée des hypothèques.

Si les créanciers acceptent l'offre, le prix de l'immeuble se trouve définitivement fixé à leur égard (art. 2186). Par cette acceptation les créanciers perdent un des effets de leur droit de suite, car ils ne peuvent plus enchérir ; mais l'hypothèque subsiste à l'état de droit de préférence ; le droit de suite est pour ainsi dire converti par une sorte de subrogation réelle en un droit de préférence sur le prix. Conséquence : le droit de suite est éteint vis-à-vis du tiers acquéreur et le droit de préférence subsiste seul et s'exercera dans l'ordre.

§ VI. — EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITÉ PUBLIQUE

Aux termes de l'art 17 de la loi du 3 mai 1841 le jugement d'expropriation dûment transcrit purge l'immeuble des privilèges et hypothèques qui le grevaient. Les créanciers eux-mêmes sont expropriés comme l'est le propriétaire ; ils ne peuvent ni saisir l'immeuble ni surenchérir ; mais si leur droit de suite est définitivement perdu ils conservent néanmoins, sous condition d'avoir inscrit leur hypothèque dans les délais fixés, leur droit de préférence sur le prix, c'est-à-dire sur l'indemnité.

§ VII. — PRIVILÈGE DU COPARTAGEANT

Le privilège du copartageant se conserve par une inscription qui, aux termes de l'art. 2109, doit être prise dans les 60 jours du partage ou de l'adjudication sur licitation.

Qu'arrivera-t-il si l'immeuble est aliéné avant l'expiration du délai de 60 jours ?

Sous l'empire du Code de Procédure (art. 834) si le copartageant ne prenait pas inscription dans la quinzaine de la transcription de la vente il était privé de son droit de suite mais il conservait son droit de préférence.

L'art. 6 de la loi du 23 mars 1855 a abrogé l'art. 834 du Code de Procédure et donne au copartageant un délai de

45 jours à dater de l'acte de partage pour prendre inscription.

Avec la majorité des auteurs nous pensons que si le copartageant a laissé transcrire la vente sans prendre inscription dans le délai de 45 jours, mais a rempli cette formalité avant l'expiration des 60 jours, il ne pourra exercer son droit de suite contre l'acquéreur, mais il conservera son droit de préférence. Autrement l'art. 2109 ne servirait à rien ; et d'ailleurs, l'acquéreur n'a nulle crainte d'être inquiété.

§ VIII. — DES PRIVILÈGES GÉNÉRAUX DE L'ARTICLE 2101

CONSIDÉRÉS DANS LEUR RAPPORT AVEC LES TIERS ACQUÉREURS

Nous avons vu que ces privilèges, en tant que portant sur les meubles, constituent un simple droit de préférence. Nous les considérons maintenant dans leur rapport avec les tiers acquéreurs des immeubles sur lesquels ils frappent.

Les créances énoncées en l'article 2101, c'est-à-dire les privilèges généraux, sont, aux termes de l'article 2107, dispensées d'inscription.

Ces créanciers peuvent donc obtenir leur paiement en dehors de toute inscription, mais à défaut de mobilier.

La dispense d'inscription doit-elle être admise même dans le cas où l'immeuble est passé entre les mains d'un tiers acquéreur ?

Si une inscription préalable n'a pas été prise le droit de suite est perdu. L'article 2166 est conçu en termes absolus et exige l'inscription du privilège sans faire exception pour les privilèges généraux. Mais le droit de préférence survivra au droit de suite. L'article 2107 est écrit dans une section où la loi s'occupe du droit de préférence et l'inscription n'est exigée qu'au point de vue du droit de suite.

SECTION V

Cas où le droit de préférence survit à l'hypothèque

Les exemples qui viennent d'être cités justifient amplement l'existence, dans notre droit, de la survivance du droit de préférence au droit de suite.

Mais on nous objecte (1) que le droit de préférence, étant ce qu'il y a d'essentiel dans l'hypothèque, ne peut subsister lorsque l'hypothèque toute entière disparaît.

Nous répondrons d'abord que l'article 883 ne dit nullement que, par son effet, l'hypothèque doive disparaître toute entière et ensuite que la loi fait parfaitement survivre le droit de préférence dans des cas où elle nous dit cependant elle-même que l'hypothèque est éteinte. C'est ce qui se produit dans le cas de purge.

Nous avons vu, dans la section précédente, que le tiers

(1) Wahl, La jurisprudence et l'art. 883 du C. C. dans le *Livre du Centenaire du C. C.*, t. I, p. 492.

détenteur qui veut purger doit offrir son prix aux créanciers inscrits.

Les créanciers ont le choix entre deux partis : ou accepter l'offre, ou requérir la mise aux enchères. « A défaut par les créanciers, dit l'article 2186, d'avoir requis la mise aux enchères dans le délai et les formes prescrits, la valeur de l'immeuble demeure définitivement fixée au prix stipulé dans le contrat ou déclaré par le nouveau propriétaire... » En un mot le droit hypothécaire des créanciers, perdu quant au droit de suite, est reporté comme droit de préférence sur le prix. Cependant la loi fait de la purge l'une des causes de l'extinction de l'hypothèque : article 2180 : « Les privilèges et hypothèques s'éteignent... 3° par l'accomplissement des formalités et conditions prescrites aux tiers détenteurs pour purger les biens par eux acquis ».

Ici, par conséquent, non seulement le droit de préférence survit au droit de suite, mais il survit même à l'hypothèque.

CHAPITRE VII

Argument fourni par la loi elle-même en faveur du caractère relatif du partage

SECTION I

La loi civile (Obligation de garantie)

Nous disons que le caractère relatif du partage est inscrit dans la loi elle-même. Si le législateur, en effet, fait violence à la nature vraie du partage en déniaut à l'attribution d'un lot héréditaire le caractère translatif alors, qu'en raison, il devrait lui appartenir tout au moins en partie, il rentre bien vite dans la vérité, par l'article 884 qui fait produire à la charge des autres copartageants l'obligation de garantie. Pourquoi ?

Parce que n'étant plus obligé de feindre dans l'intérêt des copartageants il reconnaît dans le partage un échange et dans la licitation une vente et leur attribue l'effet logique de ces contrats : la garantie.

Il n'est pas possible d'expliquer autrement cette obligation de garantie.

Nous savons que Pothier (1) fonde cette obligation sur l'égalité qui doit régner dans le partage. « Or cette égalité, dit-il, serait blessée par l'éviction que souffre l'un des copartageants dans quelques-unes des choses tombées dans son lot. »

Mais, répondons-nous, il faut être logique. Pourquoi l'égalité s'il n'y a pas eu échange réciproque de parts. Les héritiers tenant alors leurs lots du défunt et non les uns des autres n'ont que faire du principe d'égalité et de l'obligation de garantie.

Il faut donc forcément pour expliquer cette obligation, qui se résout en celle de faire jouir et d'indemniser, reconnaître que le partage contient tout au moins une aliénation.

Donc la loi qui, dans l'article 883 pose le principe du partage déclaratif, attribue à ce partage, dans l'article 884, le caractère et les effets du partage transmissif. N'est-ce pas l'indice certain que le législateur n'a entendu donner à la règle qu'une portée relative ?

SECTION II

La loi fiscale

Nous ne voulons pas donner à la loi fiscale la même autorité qu'à la loi civile ; mais cette loi est un sérieux

(1) *Vente*, n° 633

élément d'appréciation car elle détermine souvent la portée exacte des principes que la loi civile a laissés dans l'ombre.

La loi fiscale reconnaît trois espèces de partages : 1° le partage pur et simple ; 2° le partage avec soulte ; 3° la licitation.

Seul le partage pur et simple est considéré par elle comme déclaratif.

« Les partages avec soulte et les licitations, dit M. Championnière (1), contiennent une transmission qui, pour les premiers, n'est pas la vente, mais qui a un caractère particulier, et pour les seconds est une véritable vente précédant le partage. L'article 883 n'est pas applicable à cette matière ; toutes les fois qu'il s'agira d'enregistrement on ne pourra l'invoquer ».

L'article 883 n'est donc pas applicable toujours en matière de partage ; il n'a pas l'étendue d'une règle absolue mais simplement relative.

(1) *Traité d'Enregistrement*, n° 2.674.

CHAPITRE VIII

Jurisprudence favorable

Après la loi, la jurisprudence consacre dans plusieurs de ses arrêts la thèse que nous défendons.

Quelques décisions de la Cour de Cassation montrent la réserve avec laquelle il faut appliquer l'article 883.

« Considérant porte l'arrêt du 6 novembre 1832 (1) que l'acception de l'article 883 doit être restreinte dans les plus strictes limites. »

Et l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 27 mai 1835 (2) :

« Attendu que toute dérogation au droit général, toute fiction doit être strictement restreinte au cas spécial pour lequel elle a été littéralement consacrée ; qu'il ne peut jamais être permis d'étendre une fiction, une dérogation, par analogie d'un cas à un autre. Attendu qu'en réputant chaque cohéritier propriétaire depuis le jour de l'ouverture

(1) *Journal du palais*, 6 novembre 1832.

(2) S. 1835, 1, 341.

de la succession des effets compris dans son lot ou à lui échus sur la licitation et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession, l'article 883 du C. C. admet une fiction dont l'unique objet est de favoriser les partages. Cette fiction doit être restreinte au cas pour lequel elle a été consacrée. — Attendu que le sens exclusif et restreint de la fiction admise par l'article 883 est confirmé par les articles 884 et 885; que l'un établit la garantie des cohéritiers les uns envers les autres et parle de l'acte de partage comme l'article 883 parle du lot de chaque cohéritier; que l'autre rend chacun des cohéritiers obligé personnellement d'indemniser son cohéritier de la perte que lui a fait éprouver l'éviction. »

Un arrêt de la Cour d'Aix du 23 janvier 1835 (1) a confirmé un jugement du tribunal de Draguignan que nous croyons devoir citer :

« Considérant que les dispositions de l'article 883 n'ont été faites que pour les héritiers eux-mêmes et non point pour les créanciers personnels de chacun d'eux, en sorte que si le cohéritier ne peut être recherché d'aucune manière par suite des charges et hypothèques créées par son cohéritier avant le partage, rien n'empêche et ne doit empêcher qu'alors qu'il s'agit de distribuer entre des créanciers la part d'un cohéritier sur le prix des immeubles de la succession non encore payé les créanciers ne soient

(1) S. 1835, 2, 267.

colloqués d'après leur rang d'hypothèque et non pas simplement comme cédulaires... »

Un jugement du tribunal civil de Mont-de-Marsan (1) met en lumière les principes que nous avons exposés :

« Que si la fiction (de l'article 883) a été établie au profit de celui qui devient seul propriétaire elle n'a pas pu être faite à l'avantage des autres qui restent avec toutes leurs charges et avec tous les engagements par eux pris...

« Attendu que le seul effet de la fiction créée par l'article 883 est de purger, au profit du communiste acquéreur, les parts des autres communistes des hypothèques qui le frappaient et d'enlever aux créanciers qui avaient obtenu ces hypothèques le droit de suivre dans ses mains les parts par lui acquises ; mais qu'elle n'a pas pour effet de modifier la situation de ces créanciers au regard les uns des autres, de détruire les rangs qu'ils avaient entre eux, d'anéantir les sûretés qu'il avaient obtenues et qu'elle ne peut pas avoir pour résultat d'ouvrir la porte à l'intrigue, à la fraude, à l'iniquité ;

« Attendu donc que les créanciers qui avaient une hypothèque conservent le droit de préférence qui était attaché à cette hypothèque, mais qu'au lieu d'exercer ce droit de préférence sur l'immeuble qui en est affranchi au profit de celui dans les mains de qui il est passé, ils l'exercent sur le prix :

(1) *Gaz. Palais*, 21 novembre 1886.

« Dit que l'adjudication au profit de.... n'a pas eu pour effet de détruire le droit de préférence qui, antérieurement, existait au profit des créanciers de ce dernier ayant hypothèque sur sa part indivise et que ces créanciers peuvent exercer le droit de préférence sur la portion du prix des biens indivis revenant à leur débiteur. »

CHAPITRE IX

Critique de l'argument contraire tiré de l'article 2.125

C'est l'argument principal invoqué en faveur du caractère absolu de l'effet déclaratif et de la résolution totale de l'hypothèque. Nous ne nions pas la force de cet argument présenté par des auteurs considérables et qui a inspiré la plupart des décisions de la jurisprudence sur la matière; mais il n'est, au fond, qu'une pétition de principe et se trouve infirmé par l'arrêt des chambres réunies du 5 décembre 1907 que nous retrouverons plus loin.

Nous diviserons ce chapitre en deux sections; dans la première nous exposerons l'argument tel qu'il est tiré de l'article 2.125; dans la deuxième nous répondrons à l'objection.

SECTION I

Argument article 2.125 C. C.

Il s'appuie sur le principe suivant : Aux termes de l'article 883 C. C. le cohéritier loti ou adjudicataire sur

licitation est censé avoir toujours été propriétaire de l'objet qui lui est échu; par conséquent, ses cohéritiers sont censés n'avoir jamais été propriétaires de cet objet; ils n'ont donc pu constituer d'hypothèque valable en vertu de l'article 2.125 C. C: « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision. »

§ I. — LES AUTEURS

Demolombe (1) partage cette opinion; « Aux termes de l'article 2125, dit-il, ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition ou résoluble dans certains cas ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions. Or, le cohéritier n'avait qu'un droit résoluble; donc et de la même manière qu'elle n'a pas pu produire le droit de suite elle n'a pas pu davantage produire le droit de préférence ».

M. Laurent (2) est du même avis: « L'hypothèque tombe comme ayant été constituée par un non propriétaire et elle tombe naturellement pour le tout. Conçoit-on que le non propriétaire ait le droit de consentir une hypothèque qui donne au créancier un droit de préférence? Quand

(1) *Succ.*, t. V, n° 320.

(2) T. X, n° 419.

l'hypothèque est nulle, elle ne peut produire aucun effet ; or elle est nulle dans l'espèce prévue par l'article 883 ; comment y aurait-il un droit de préférence résultant d'une hypothèque alors qu'il n'y a pas d'hypothèque ».

Et encore (1) : « L'un des héritiers hypothèque un immeuble pendant l'indivision ; si cet immeuble est mis au lot de son cohéritier l'hypothèque tombe car celui qui l'a concédée n'a jamais été propriétaire de l'immeuble, et n'a jamais eu le droit de l'hypothéquer. »

Ces auteurs admettent donc l'inefficacité absolue de l'hypothèque comme ayant été constituée *a non domino* tant au point de vue du droit de suite qu'au point de vue du droit de préférence.

Or, les mêmes auteurs enseignent, d'autre part (2), que la vente consentie pendant l'indivision n'est pas nulle mais que sa validité dépend du résultat du partage. Nous ne voyons pas pourquoi ils décident le contraire pour l'hypothèque. La vente et l'hypothèque sont deux droits juridiquement semblables et la solution, dans les deux cas, doit être gouvernée par les mêmes principes (3).

Baudry (4) est dans le même sens : « D'après cette disposition (art. 2125) ceux qui ont un droit résoluble ne peuvent consentir qu'une hypothèque également résoluble.

(1) T. X, n° 394.

(2) Demolombe, t. XVII, n° 320 ; Laurent, t. X, n° 419.

(3) En ce sens Huc, *Commentaire du Code Civil*, t. X, n°. 440.

(4) *Des successions*, t. III, n° 3324.

Ces termes excluent le report de l'hypothèque sur le prix. »

Citons encore Guillaouard (1) : « La règle de l'article 883 a été édictée d'une façon absolue, *erga omnes* ; le constituant est réputé n'avoir jamais été propriétaire de l'immeuble qu'il a hypothéqué pas plus vis-à-vis de ses créanciers que vis-à-vis du copropriétaire devenu attributaire de cet immeuble et l'on ne peut reconnaître au créancier hypothécaire une préférence qui serait la conséquence d'un droit qui n'a jamais existé sur la tête du constituant. Comme le dit très bien la Cour de Cassation les hypothèques consenties par le constituant « restent sans valeur et sans effet comme ayant été consenties par un individu sans qualité ».

§ II. — LA JURISPRUDENCE

Elle est généralement conforme à l'opinion de ces auteurs.

Le 14 février 1853, la Cour de Lyon (2) a rendu l'arrêt suivant dans une affaire où il s'agissait de deux cohéritiers, Primus et Secundus qui avaient licité un immeuble ; Secundus était resté adjudicataire.

« Attendu, dit la Cour, qu'il résulte des dispositions combinées des articles 883 et 1872 que l'adjudicataire sur

(1) *Priv. et Hyp.*, n° 951.

(2) D. 1854, 5, 544.

licitation est considéré comme ayant toujours été propriétaire de l'immeuble qui lui est échu sur lequel ses communistes sont réputés n'avoir jamais eu aucun droit ;

« Attendu que les fictions légales sont assimilées à la réalité et produisent des effets identiques ;

« Attendu que, dès lors, les hypothèques constituées par Primus sur sa part indivise tombent et s'évanouissent puisque régulièrement elles ne pouvaient être consenties par le propriétaire de la chose et que Primus n'a point eu cette qualité ;

« Attendu que cette conséquence découle du principe d'après lequel nul ne peut transmettre à autrui des droits plus étendus que ceux qui lui appartiennent ; qu'ainsi le communiste n'ayant qu'un droit indéterminé et subordonné à l'effet de la licitation ses créanciers ne peuvent se placer dans une condition différente ;

« Attendu que vainement on objecte que la règle introduite par l'article 883 précité doit être appliquée uniquement dans le rapport des communistes les uns vis-à-vis des autres et non dans le rapport de leurs créanciers ; qu'il n'est pas permis de distinguer là où la loi ne distingue pas et que surtout en présence de l'indivisibilité de l'hypothèque on ne saurait scinder ses effets pour supprimer le droit de suite sur l'immeuble en maintenant le droit de préférence sur le prix ».

Nous ferons observer que l'indivisibilité de l'hypothèque

n'a pas la signification que la Cour lui attribue ici et qu'elle est tout à fait étrangère à la question.

La Cour de Nîmes (1) a statué en ces termes :

« Attendu que par suite de la fiction de l'article 883 ces biens (dont le prix est en distribution) sont censés avoir toujours été la propriété de l'adjudicataire et n'avoir jamais appartenu à S... (l'un des cohéritiers) qui, par conséquent n'a pu valablement les hypothéquer. »

Et cet autre considérant de la Chambre des Requêtes du 12 mai 1875 (2) :

« Attendu que la dame D... s'était rendue adjudicataire sur licitation d'une maison située à Lyon, dont elle avait hérité concurremment avec le sieur G... et d'autre part, que l'épouse de ce dernier avait pris deux inscriptions sur cet immeuble pour sûreté de son hypothèque légale contre son mari ;

« Attendu que, dans ces circonstances, la défenderesse éventuelle étant censée avoir succédé seule et immédiatement à la maison qui lui était échue sur licitation (art. 883 C. Civ.) c'est à bon droit qu'il a été déclaré par l'arrêt attaqué que ladite maison ne pouvait pas être grevée de l'hypothèque légale de l'épouse du sieur G... contre ce dernier et qu'il a été fait mainlevée des inscriptions prises par cette dame sur l'immeuble dont il s'agit ; d'où il suit

(1) 6 novembre 1869, D. 1871, 2, 37.

(2) D. 1876, 1, 504.

que les textes invoqués n'ont point été violés et qu'il en a été fait, au contraire, une juste application. »

L'arrêt de la Cour d'Alger du 8 janvier 1877 (1) précité est dans le même sens :

« Attendu... que du moment où le constituant était censé par la fiction de l'article 883 n'avoir jamais été propriétaire de l'immeuble, la constitution d'hypothèque consentie par un non propriétaire était nulle pour le tout aussi bien quant au droit de préférence que quant au droit de suite ».

Un arrêt de la Cour d'Angers du 8 mars 1877 (2) est à citer :

« Attendu qu'en vain pour combattre la déduction tirée des articles 883 et 2125 prétendrait-on que le principe de rétroactivité écrit dans le premier de ces articles n'est applicable qu'aux cohéritiers, non aux tiers, qu'il n'efface l'hypothèque inscrite sur l'immeuble licite qu'au regard des uns et la laisse subsister au regard des autres ; qu'il la dépouille du droit de suite, mais qu'il lui laisse un droit de préférence dont le créancier qui en bénéficie peut se prévaloir sur le prix de l'immeuble adjugé au colicitant.

« Que ce système manque de logique et se dément lui-même puisqu'il implique contradiction de dire, d'une part, que le principe déclaratif du partage est étranger aux tiers et de reconnaître de l'autre, qu'il peut pourtant réa-

(1) *Op. cit.*, p. 40.

(2) D. 1878, 2, 185.

liser leur hypothèque en lui enlevant le droit de suite ; mais qu'il manque surtout de base pour asseoir légalement le prétendu droit de préférence qu'il essaye de créer, une hypothèque résolue par la licitation ne pouvant, pas plus qu'un droit de suite, engendrer un droit de préférence qui ne serait, en dernière analyse, qu'un droit hypothécaire sans hypothèque, c'est-à-dire un effet sans cause. »

Et la Cour de Caen, le 18 mai 1877, déjà citée (1) :

« Attendu que L... étant devenu adjudicataire sur licitation de la totalité des immeubles indivis entre lui et sa sœur, l'hypothèque que celle-ci lui avait consentie sur lesdits immeubles a disparu ; que cela résulte des dispositions des articles 883 et 2125. »

Bien que cette suite d'arrêts soit un peu longue nous avons tenu à en faire l'exposé pour montrer l'importance que l'argument tiré de l'article 2125 a pris dans les décisions de la jurisprudence ; elle est en effet, tout entière, basée sur ce principe unique.

Nous terminerons par l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 16 avril 1888 (2) dont se sont inspirées toutes les décisions postérieures.

Voici les faits qui ont motivé cet arrêt : Les immeubles provenant d'une dame C... furent licités entre son fils et

(1) *Op. cit.*, p. 40,

(2) *Op. cit.*, p. 41.

son petit-fils (Jules et Aymard). Les créanciers de Jules avaient pris inscription sur les biens provenant de la défunte. Aymard se porta adjudicataire. Deux créanciers chirographaires de Jules se firent céder les sommes dues par Aymard comme adjudicataire. Les créanciers hypothécaires prétendirent exercer leur droit de préférence sur le prix dû par Aymard à Jules d'où il suivait qu'ils primaient tous autres créanciers.

Le tribunal de Mont-de-Marsan (1) par jugement du 13 août 1886 donna gain de cause aux créanciers hypothécaires; mais ce jugement fut réformé par arrêt de la Cour de Pau :

« Attendu que les cohéritiers auxquels la chose n'est pas échue sont censés n'y avoir jamais eu aucun droit et que ceux qu'ils peuvent avoir conférés sur la même chose s'évanouissent; qu'on ne peut, en effet, constituer de droits et surtout de droits d'hypothèque que sur une chose dont on est propriétaire; que le lot échu à un copartageant étant, d'après la fiction de la loi, sa chose dès le moment de l'ouverture de la succession, tous les droits hypothécaires consentis par un autre copartageant disparaissent lors de l'attribution des lots ou de la licitation, ce dernier n'ayant jamais été propriétaire du bien hypothéqué. »

Pourvoi des créanciers hypothécaires devant la Cour de Cassation.

(1) *Op. cit.*, p. 74.

M. le Conseiller rapporteur Talandier conclut au rejet du pourvoi.

Il estime que l'équité joue un rôle très secondaire dans la question, les créanciers ayant eu le droit d'intervenir au partage conformément à l'article 882 C. C.

Nous pensons, au contraire, qu'il n'est pas toujours facile aux créanciers de s'opposer au partage lequel peut être fait en fraude de leurs droits dans l'ignorance où ils se trouvent des agissements de leurs débiteurs.

M. le rapporteur ajoute que « pour conserver un effet utile aux inscriptions prises par les créanciers du cohéritier non adjudicataire il faut établir une distinction tout au moins assez subtile entre le droit de suite et le droit de préférence, distinction, dit-il, qui devrait être inscrite dans la loi et dont nous n'avons pu trouver aucune trace. »

Cette distinction que M. le Conseiller rapporteur n'a pas aperçue entre le droit de suite et le droit de préférence est suffisamment indiquée dans la loi, et les cas nombreux rapportés dans notre chapitre VI prouvent surabondamment que le droit de préférence existe sans le droit de suite et qu'il peut, non seulement lui survivre, mais subsister après l'extinction de l'hypothèque elle-même.

En dehors de cette raison, dont nous croyons avoir suffisamment apprécié la valeur, le rapport et l'arrêt ne donnent qu'un seul motif basé sur l'article 2125.

« Qu'il s'agisse du droit de suite ou du droit de préférence, lisons-nous dans le rapport, chacun de ces droits

ne peut provenir que d'une hypothèque valable. Or... par suite de la fiction de l'article 883 le cohéritier non adjudicataire n'a jamais été propriétaire des immeubles indivis; l'hypothèque consentie par un non propriétaire est sans effet; elle ne saurait produire en conséquence plus d'effet au point de vue du droit de préférence qu'au point de vue du droit de suite. »

L'arrêt est conforme à ces conclusions :

« Aux termes de l'article 883, dit-il en substance, chaque copartageant est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot ou à lui échus sur licitation ;

« Et celui qui n'a sur un immeuble qu'un droit résoluble ne peut consentir sur cet immeuble qu'une hypothèque soumise à la même condition ;

« De la combinaison de ces deux règles il résulte que le copartageant d'un immeuble indivis étant réputé n'en avoir jamais été propriétaire quand la licitation le fait entrer dans un autre lot, les hypothèques conférées sur cet immeuble à ses créanciers par ledit copartageant restent sans valeur et sans effet comme consenties sans qualité ;

« Cette inefficacité de l'hypothèque consentie *a non domino* est absolue ; en conséquence les créanciers auxquels ladite hypothèque a été conférée par le copartageant non attributaire de l'immeuble ne peuvent en arguer pour se faire attribuer le prix provenant de la licitation en préfé-

rence à d'autres créanciers chirographaires du même copartageant ».

SECTION II

Réponse à l'objection

C'est cet unique et si simple argument tiré de l'art. 2125 que se sont contentées de reproduire toutes les décisions qui ont cru devoir se ranger à l'avis de la Cour de Cassation.

L'objection n'a de valeur qu'en apparence car c'est trancher la question par la question. Il s'agit de savoir précisément si le droit du constituant est résolu ou si, conformément à l'esprit et au texte de l'art. 883, il n'est pas *censé* résolu simplement dans la mesure où sa subsistance porterait atteinte aux droits du cohéritier attributaire de l'immeuble.

En effet, si le cohéritier adjudicataire est censé avoir toujours été propriétaire c'est par une fiction contraire à la réalité des choses. Or toute fiction doit être interprétée restrictivement et être limitée à l'objet pour lequel elle a été créée, c'est-à-dire ici l'intérêt des copartageants ; mais, quand cet intérêt n'est plus en jeu, et qu'il s'agit seulement d'un débat entre les ayants droit d'un seul des copartageants, pourquoi appliquer une fiction qui n'est pas faite pour cette dernière hypothèse et qui, placée au titre des partages, n'est applicable qu'aux copartageants.

L'argumentation tirée de l'art. 2125 ne se concilie pas avec la fiction, et la logique du raisonnement, ainsi étendu, porte à faux ; il est juste tant que les intérêts des communistes sont en jeu, mais, dans notre cas, où les héritiers sont désintéressés, il n'est plus d'aucune valeur.

En somme la jurisprudence assimile l'évènement du partage à la réalisation d'une condition résolutoire qu'elle applique toujours, alors qu'elle considère généralement le partage simplement comme une fiction dont la portée est limitée et le but suffisamment déterminé par la loi. Ce que nos adversaires devraient démontrer c'est l'application absolue et générale des effets de cette assimilation.

Nous concluerons en disant : l'hypothèque est résolue, oui, mais à quel point de vue ? Au point de vue de droit de suite et en ce sens que les créanciers hypothécaires ne pourront point atteindre l'immeuble entre les mains du cohéritier adjudicataire sur licitation ; mais ici il ne s'agit que du droit de préférence ; la question est de savoir comment les créanciers du cohéritier qui a consenti l'hypothèque régleront entre eux leurs droits respectifs sur le prix de licitation et, sous ce rapport, l'hypothèque peut parfaitement produire son effet malgré l'art. 2125 qui, dans l'hypothèse, est sans application aucune.

CHAPITRE X

Argument tiré de ce que le prix représente la chose (Arrêt du 5 décembre 1907)

L'arrêt du 5 décembre 1907 (1) tranche le conflit entre cohéritiers créanciers de rapports et créanciers hypothécaires du débiteur de rapports lorsque l'adjudication a eu lieu au profit d'un tiers ; il ne s'applique donc pas directement au cas que nous étudions ici ; cependant il renferme, croyons-nous, un argument favorable à la thèse que nous soutenons.

Nous rappellerons d'abord les principes qui régissent l'adjudication sur licitation au profit d'un tiers. Nous donnerons ensuite un résumé très succinct de la jurisprudence antérieure à l'arrêt de 1907 en cette matière.

L'adjudication sur licitation au profit d'un tiers produit les effets d'une vente.

Quel sera, au point de vue du sort des hypothèques, l'attribution ultérieure du prix d'adjudication dans le partage ?

(1) *Op. cit.*, p. 37,

Faudra-t-il considérer la licitation et le partage comme une seule opération et leur appliquer l'effet déclaratif ou, au contraire, le partage sera-t-il sans influence sur la licitation qui produira alors les effets d'une vente.

Un premier système soutient que le prix de vente est exactement substitué à la chose même ; dès lors seront seuls réputés vendeurs les indivisaires auxquels le prix aura été attribué. Seules les hypothèques de leur chef seront maintenues.

Un second système applique à la vente l'effet translatif. Tous les droits réels subsistent.

La jurisprudence a été longtemps à peu près unanime à suivre le premier système, c'est-à-dire à admettre la subrogation du prix à la chose vendue et à reconnaître l'effet déclaratif du partage dans lequel ce prix est englobé.

Cette jurisprudence a été abandonnée en 1887.

Un arrêt de la chambre civile du 14 décembre 1887 (1) a admis que l'effet déclaratif doit être écarté lorsque l'adjudication a lieu au profit d'un étranger ; en conséquence toutes les hypothèques subsistent quelle que soit l'attribution ultérieure du prix obtenu dans la licitation.

Cette décision, qui avait été rendue pour des raisons pratiques telle que l'impossibilité où était l'acquéreur de purger tant que le partage n'avait pas indiqué l'attributaire du prix, était critiquée dans la cas où l'un des copartageants,

(1) D. 1888, I, 385.

débiteur de rapport, était exclu de l'attribution de ce prix. Les hypothèques constituées par ce dernier, disait-on, étant maintenues il touchait donc, en réalité, deux fois sa part : une première fois en avancement d'hoirie ; une seconde fois dans la collocation au profit de ses créanciers sur sa propre part.

L'arrêt des chambres réunies du 5 décembre 1907 revient au système antérieur à 1887.

L'adjudication sur licitation est considérée comme une vente au regard de l'adjudicataire lorsqu'il est un tiers étranger à l'indivision, mais dans les relations des cohéritiers entre eux elle constitue une opération préliminaire du partage, la vente ainsi faite l'étant en réalité pour le compte de la masse successorale : dès lors, la créance du prix entre dans l'actif à partager pour y être soumise comme l'aurait été l'immeuble même qu'elle remplace aux règles ordinaires du partage.

Donc, d'après la Cour de Cassation la licitation, considérée comme une vente au regard du tiers adjudicataire, constitue une opération de partage dans les rapports des cohéritiers entre eux ; dès lors les hypothèques consenties par l'un d'eux ne sont pas valables en tant qu'elles pourraient porter atteinte à l'attribution totale du prix faite par la liquidation à un autre cohéritier.

De plus, l'arrêt précité affirme que, pour bien saisir le sens de l'art. 883, il y a lieu de distinguer deux ordres de rapports : ceux de la masse avec l'adjudicataire, ceux des

copartageants entre eux. Il applique l'art. 883 dans les rapports des copartageants entre eux et l'exclut dans leurs rapports avec le tiers adjudicataire.

N'est-ce pas reconnaître que la portée de la règle de l'art. 883 n'est pas absolue mais relative ?

Enfin l'arrêt décide que « la créance du prix entre dans l'actif à partager où elle représente l'immeuble sorti des mains des cohéritiers. »

Ce principe, dégagé par la Cour de Cassation, est capital et tout en notre faveur. L'argument tiré de l'art. 2125 n'a plus désormais aucun poids car il sera très facile, dans le cas où l'adjudication est prononcée au profit d'un copartageant, de donner effet aux hypothèques consenties par un autre copartageant non adjudicataire.

Nous avons établi précédemment que, dans nombre de cas, le droit de préférence survivait au droit de suite et que, notamment, dans l'art. 2186 (purge des hypothèques inscrites) la loi, après avoir déclaré que l'immeuble était affranchi aux mains de l'acquéreur laissait néanmoins survivre l'hypothèque sur le prix.

Il suffit donc ici, pour remplir le vœu du législateur, de désarmer les créanciers inscrits du droit de suite, du droit de saisie et du droit de surenchère, en un mot de purger l'immeuble des charges nées du chef des copropriétaires qui n'ont plus sur lui aucun droit et de décider que l'argent doit être versé aux mains des créanciers de ces héritiers, c'est-à-dire, de conserver leur droit de préfé-

rence sur le prix qui est la représentation de l'immeuble.

On ne peut donc plus dire, en argumentant de l'article 2125, que l'hypothèque est complètement résolue. Elle ne l'est qu'au point de vue du droit de suite.

CHAPITRE XI

Le prix de licitation n'est pas une valeur de la succession

Nous venons de voir que, d'après la Cour de Cassation, le prix représente l'immeuble.

Il résulte de ce principe que la portion du prix revenant au constituant doit être considérée entre ses créanciers comme représentative de son droit dans l'immeuble et assignée au créancier hypothécaire par préférence au créancier chirographaire.

C'est, qu'en effet, cette portion du prix de licitation n'est pas une valeur de la succession ; le cohéritier auquel elle doit être payée ne saurait être considéré comme la tenant directement du défunt et comme n'ayant jamais eu aucun droit dans l'immeuble dont elle forme pour partie la représentation.

Nous refusons donc au créancier chirographaire le droit d'invoquer l'art. 883 pour prétendre que cette portion du prix de licitation, attribuée à son débiteur, doive être distribuée au marc-le-franc comme valeur mobilière entre lui

et le créancier hypothécaire, car rien ne s'oppose à ce que le cohéritier adjudicataire étant mis à l'abri de toute poursuite le droit du créancier hypothécaire ne soit maintenu sur la portion du prix revenant au constituant (1).

(1) En ce sens Aubry et Rau, *Dr. civ. fr.*, t. V, § 625.

CHAPITRE XII

L'équité

L'équité est tout entière du côté de la théorie que nous défendons.

Dans l'hypothèse où nous nous sommes placé, le créancier chirographaire devra céder devant le créancier hypothécaire dont les droits sont légitimes et régulièrement acquis. Celui-ci, en effet, a eu le soin de prendre hypothèque et de s'inscrire; ne serait-il pas contraire à l'équité d'admettre des créanciers chirographaires qui n'ont fait aucune diligence pour conserver leurs droits et ont suivi la foi de leur débiteur.

« La résolution du droit de propriété du débiteur commun qui avait hypothéqué sa part indivise, dit Proudhon (1) n'étant décrétée qu'en faveur du cohéritier non adjudicataire, il ne serait pas juste d'en étendre les conséquences hors de sa cause et d'accorder aux créanciers cédulaires le droit d'user d'une exception qui n'a pas été introduite pour eux. »

La solution contraire a des conséquences particulièrement inacceptables quand il s'agit des intérêts des inca-

(1) Droits d'usufruits, n° 2392.

pables comme le mineur et la femme mariée. Elle aboutit à des résultats singuliers et donne lieu, de plus, à une iniquité flagrante comme dans le cas suivant :

M. X... avait, pendant l'indivision, réalisé un prêt de 600.000 francs sur un immeuble indivis entre lui et son cohéritier Y... Celui-ci était intervenu dans l'acte en qualité de caution.

Y... fut, sur licitation, déclaré adjudicataire pour une somme de 2.500.000 francs.

Sur ce prix devait être prélevée une somme de 625 000 francs représentant en capital, intérêts et accessoires, le prêt consenti au profit de X...

L'état liquidatif fut donc dressé par le notaire de la manière suivante :

Sur le prix de 2.500.000 francs, diminué du montant du prêt versé au créancier, Y... prélève une somme égale de 625.000 francs de manière à rétablir l'égalité entre les copartageants et la différence revient, par moitié, aux deux héritiers.

Un créancier chirographaire contesta cet état liquidatif et prétendit que son débiteur X... devait, sur le prix d'adjudication, être apportionné de la moitié et que sur cette somme formant le gage commun de ses créanciers chirographaires, Y..., seul chargé du prêt, devait, pour faire aboutir son action récursoire contre X... venir, sans prélèvement ni privilège, au marc-le-franc avec les créanciers ordinaires.

Le créancier chirographaire s'appuyait sur l'effet déclaratif du partage lorsque l'immeuble est adjugé sur licitation à un copartageant. En conséquence l'immeuble étant censé n'avoir jamais appartenu à X..., l'hypothèque consentie par lui n'est pas valable et tous ses créanciers ont un droit égal sur la moitié du prix qui lui revient.

Y... qui, lui, a pu s'engager valablement vis-à-vis du créancier hypothécaire puisqu'il est censé avoir toujours été propriétaire de l'immeuble hypothéqué n'a, pour recouvrer la somme de 625.000 francs qu'il a payée en l'acquit de son cohéritier et en sa qualité de caution, qu'une action récursoire contre ce dernier et à titre de créancier chirographaire.

L'argumentation du créancier chirographaire de X aboutissait donc à faire supporter par Y une dette contractée exclusivement dans l'intérêt de son cohéritier et par ce cohéritier. Avec ce système X touchait deux fois sa part dans la succession, une première fois sous forme du prêt qui lui était consenti sur la valeur de l'immeuble indivis, une seconde fois en percevant intégralement sa part dans le prix de ce même immeuble, ce qui se traduit en chiffres de la façon suivante :

Somme touchée par X (montant du prêt)..	625.000 fr.
Sa part dans le prix de l'immeuble.....	1.250.000 fr.
Total....	1.875.000 fr.

Donc sur une valeur de 2.500.000 francs dont il est héritier pour moitié, X toucherait, d'après ce système, 1.250.000 francs. Il ne resterait ainsi pour son copartageant que la somme de 1.250.000 francs.

L'éloquence même de ces chiffres nous dispense d'insister. Au point de vue de l'équité la prétention qui produit de semblables résultats est d'ores et déjà condamnée.

CHAPITRE XIII

Désaccord de la jurisprudence avec elle-même

La jurisprudence que nous avons vu proclamer le caractère absolu de l'effet déclaratif du partage est loin d'être restée toujours dans la logique du principe et se trouve, au contraire, plus d'une fois, en désaccord avec elle-même.

Elle applique, en effet, dans certains cas la règle de l'art. 883 qui n'y a rien à faire ; dans d'autres, elle l'écarte ; elle donne ainsi à cette règle un caractère tout relatif.

Nous étudierons dans deux sections : les cas où la jurisprudence applique à tort l'art. 883, les cas où elle l'écarte et, dans une troisième, certaines hypothèses dans lesquelles les décisions de la jurisprudence sont inconciliables avec sa théorie du caractère absolu.

SECTION I

Cas où la jurisprudence applique à tort l'art. 883

Les trois questions suivantes retiendront spécialement notre attention et seront l'objet d'autant de paragraphes :

§ 1 Question de la composition de la communauté :

§ 2 Question de l'assiette de l'hypothèque de la femme au cas de faillite du mari ;

§ 3 Question du partage envisagé comme juste titre en matière de prescription.

§ 1. — COMPOSITION DE LA COMMUNAUTÉ

Lorsque deux époux sont mariés sous le régime de la communauté et que l'un d'eux recueille une succession il importe, pour la communauté, de savoir s'il recevra dans son lot des meubles ou des immeubles car la part de la communauté pourra se trouver augmentée ou diminuée suivant la prédominance des meubles ou des immeubles dans le lot de l'époux, les meubles tombant dans la communauté légale et les immeubles restant propres à l'époux.

La question est celle-ci :

Etant donnée une succession en partie mobilière et en partie immobilière, l'époux n'a pas reçu une part égale de meubles et d'immeubles : est-ce d'après les résultats du partage que devront être réglés les droits de l'époux ou de la communauté, ou bien ne faut-il tenir compte que de la proportion des meubles ou des immeubles au moment de l'ouverture de la succession ?

Plusieurs systèmes sont en présence.

1. — *Doctrine*

Le premier système est celui de Bourjon (1). Il enseignait qu'il fallait s'en tenir aux opérations du partage. Tous les immeubles échus à l'époux devaient lui rester propres.

Contre ce système l'article 1.558 prouve que l'article 883 n'est pas toujours applicable en matière de conventions matrimoniales lorsqu'il dispose que la part du prix revenant à la femme dans la licitation de l'immeuble indivis avec des tiers sera dotale et qu'il en sera fait emploi au profit de la femme.

Dans un deuxième système, Lebrun (2) écartait l'article 883. Les partisans de ce système le fondent sur les motifs suivants :

La fiction de l'article 883 n'est pas applicable parce qu'elle n'a été établie que pour les relations entre cohéritiers ou avec leurs ayants cause, ce qui n'est pas le cas.

Ce système a, en sa faveur, l'article 1.096 qui défend les avantages irrévocables entre époux et l'article 1.437 qui, pour sanctionner cette défense, a établi la théorie des récompenses entre époux.

Contre ce système on a opposé l'art. 1.408 qui prouve-

(1) *Le droit commun de la France*, 2^e part., de la Communauté, chap. III, section IV, dis. III, n^{os} 60 à 69.

(2) *De la Communauté*, liv. I, chap. V, sect. II, dis. I, n^{os} 40-43-78-80.

rait que l'article 883 est applicable entre l'époux et la communauté lorsqu'il dispose que l'acquisition faite pendant le mariage à titre de licitation d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire par indivis ne forme point un conquêt.

Cette objection ne porte pas. Il est reconnu aujourd'hui tant en doctrine qu'en jurisprudence que l'article 1.408 est tout à fait indépendant de l'article 883 et ne doit pas être rattaché à l'effet déclaratif du partage. (1)

Le troisième système est enseigné par Pothier (2). Il distingue entre le partage en nature et le partage avec soulte ou la licitation.

Dans le partage en nature c'est le résultat du partage qui doit faire la règle entre l'époux héritier et la communauté.

S'il s'agit d'une soulte elle est exclue de la communauté ou n'y tombe qu'avec récompense comme tenant lieu dans le partage de la part de l'époux dans l'immeuble.

Nous n'avons pas cru devoir adopter la théorie de Pothier en ce qui concerne le partage en nature pour les motifs exposés plus loin.

Quant à la soulte ou le prix de licitation nous partageons, au contraire, complètement son opinion. Nous renvoyons

(1) Baudry-Lacantinerie, III, 9^e éd., n° 73 ; Planiol, III, 3^e éd., n° 964.

(2) *De la Communauté*, part. I, chap. II, n° 400, part. IV, chap. I, n° 629-630,

l'étude de cette dernière question à la section II, § 1 où elle est mieux à sa place dans le cadre que nous nous sommes tracé.

Demolombe (1) n'admet pas les deux premiers systèmes ; il soutient le troisième, c'est-à-dire celui de Pothier.

MM. Aubry et Rau (2) rejettent l'application de l'article 883. « Si l'un des époux, disent-ils, est appelé à une succession composée de meubles et d'immeubles, la question de savoir dans quelle proportion sa part héréditaire tombera dans la communauté ou lui restera propre ne doit pas se résoudre par application de l'article 883 et suivant le résultat du partage mais bien d'après la valeur comparative des meubles et des immeubles héréditaires ».

Laurent (3) repousse aussi l'application de l'article 883 en se basant sur le caractère de fiction de la règle, laquelle, par conséquent, doit être restreinte dans les limites de la loi ; il ne dépend pas des époux de modifier l'actif de la communauté pendant le mariage en transformant en propres des biens qui devaient être des biens de communauté ou en transformant des propres en biens communs.

M. Planiol (4), partisan du caractère absolu, enseigne

(1) T. XVII, n° 317.

(2) T. VI, § 625.

(3) T. XXI, n° 233.

(4) T. III, n° 2410.

que l'article 883 régit les ayants cause des cohéritiers comme les cohéritiers eux-mêmes et que la communauté étant ici un ayant cause on doit appliquer purement et simplement l'article 883.

Nous nous rangeons, sans hésiter, à l'avis de Lebrun, d'Aubry et Rau et de Laurent.

Le principe contenu en l'article 883 est une fiction qui règle uniquement les rapports des cohéritiers entre eux ; il doit rester étranger au règlement des droits respectifs de l'un des cohéritiers avec la communauté.

Nous savons que les meubles qui adviennent aux époux durant le mariage à titre de succession tombent dans la communauté légale tandis qu'au contraire les immeubles qui leur adviennent au même titre leur restent propres.

Le droit qu'a l'époux sur les meubles de la succession est un droit mobilier qui doit entrer dans la communauté ; le partage peut-il, en mettant des immeubles dans le lot du conjoint, enlever à la communauté le droit qu'elle avait au mobilier de la succession ?

Non, car la fiction du partage déclaratif ne peut modifier les règles de la communauté. Donc l'article 883 est étranger à la communauté. Pour savoir si tel bien entre ou non dans la communauté il faut voir la nature du droit au moment où l'époux l'acquiert ; la fiction ne peut enlever à la communauté un droit qu'elle tient des conventions matrimoniales.

Supposons une succession comprenant des immeubles et des meubles, ces derniers pour la somme de 20.000 francs; mettons que la part de l'époux appelé à cette succession soit du $\frac{1}{4}$; il aura donc droit à 5.000 francs dans les meubles qui doivent entrer en communauté. Si cet époux est alloti exclusivement en immeubles et si l'on applique l'article 883 cette somme de 20.000 francs, qui est comprise maintenant dans sa part en immeubles et qui devait normalement tomber dans la communauté, lui restera propre; donc l'application de l'article 883 aboutit ici à changer les conventions matrimoniales; on étend la fiction de cet article hors de ses limites et des cas pour lesquels elle a été créée. C'est ce que fait cependant la jurisprudence.

Nous invoquons un autre motif en faveur de notre opinion: c'est le principe suivant lequel récompense est due toutes les fois que l'un des patrimoines s'est enrichi aux dépens de l'autre.

Suivant ce principe la communauté doit récompense si elle reçoit plus de meubles qu'elle n'aurait dû en recevoir dans un partage exactement proportionnel; comme, à l'inverse, récompense lui est due si la quantité de meubles recueillie est inférieure à ce qu'elle devrait recevoir.

Si l'époux a reçu plus de meubles que sa part, il est, en vertu de l'effet translatif que nous avons vu devoir être reconnu au partage, tout au moins en partie, censé

avoir aliéné des immeubles propres moyennant une valeur mobilière.

Si, au contraire, il a reçu plus d'immeubles que de meubles il est censé avoir acquis ces immeubles avec les deniers de la communauté.

Il y a donc lieu d'appliquer soit l'art. 1433 qui autorise l'époux qui a vendu un immeuble dont le prix est tombé en communauté d'en demander récompense sur le pied du prix d'aliénation, soit l'art 1437 qui impose obligation de récompense à l'époux toutes les fois qu'il a tiré un profit personnel des biens de la communauté.

La jurisprudence ne s'est pas laissé toucher par l'importance du principe si équitable et d'ailleurs incontesté des récompenses en matière de communauté.

II. — *Jurisprudence*

D'après un arrêt de la Cour de Caen du 18 août 1880 (1) la fiction de l'art. 883 s'applique dans les rapports de l'un des héritiers avec son conjoint et la communauté ; par conséquent lorsqu'un héritier a reçu dans son lot par suite d'un partage avec licitation une part de meubles supérieure à celle que lui aurait assignée une répartition des valeurs mobilières faite proportionnellement aux droits respectifs des copartageants ces meubles n'en sont

(1) S. 1881, 2, 113.

pas moins tombés dans la communauté légale sans récompense.

La Cour applique d'abord l'art. 883 ; elle en conclut ensuite qu'il n'y a pas lieu à récompense.

Mais c'est là une pure pétition de principe, comme le fait justement remarquer M. Villey en note de l'arrêt :

« Nous disons : n'appliquez pas l'art. 883 car l'application de cet article aurait, en fait, cette conséquence d'enrichir la communauté aux dépens d'un époux comme dans une autre hypothèse elle pourrait enrichir un époux aux dépens de la communauté ; ce serait violer le principe des récompenses. On nous répond : mais il n'y a pas lieu à récompense puisque l'art. 883 s'applique ».

Nous avons un autre argument en notre faveur et contre cette décision : c'est l'art. 1096 aux termes duquel les donations faites entre époux pendant le mariage sont toujours révocables. L'application de l'art. 883 permet tout simplement aux époux de tourner la loi et de réduire à néant la disposition de l'art. 1096 ; car rien n'est plus facile à l'époux héritier d'enrichir son conjoint en même temps que la communauté ; il n'a qu'à faire composer son lot de valeurs mobilières qui tomberont dans la communauté. Or il est impossible à l'époux de révoquer une pareille libéralité.

On nous objecte, il est vrai, qu'il suffit, pour maintenir le principe de la révocabilité des donations, de réserver la preuve de la fraude entre cohéritiers.

Nous répondrons qu'il ne s'agit pas là d'une question de fraude et qu'il n'y a qu'un moyen d'observer le principe de la révocabilité des donations, c'est de décider qu'une récompense sera due toutes les fois que, par suite des combinaisons de partage et d'inégale répartition des valeurs, la communauté aura été enrichie aux dépens de l'un des époux cohéritier.

Et l'on ne pourrait nous opposer ce principe que les avantages résultant pour les époux des conventions matrimoniales ne sont point des donations, car ici l'avantage résulte, non du contrat de mariage, mais d'un acte postérieur et indépendant : le partage.

Nous concluons : l'application par la jurisprudence, en notre matière, de l'art. 883, va contre le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ; raison décisive pour repousser cette solution et pour adopter notre théorie de l'application restrictive du principe déclaratif.

§ 2. — QUESTION DE L'ASSIETTE DE L'HYPOTHÈQUE DE LA FEMME EN CAS DE FAILLITE DU MARI

I. — Exposé. — L'article 563 du Code de Commerce

La jurisprudence, en appliquant, à tort, l'article 883 facilite aux dépens de la communauté l'enrichissement de l'un des époux, ou inversement, nous venons de le voir.

En ce qui concerne les rapports de la femme et du mari déclaré en faillite l'application toujours absolue de la règle

de l'effet déclaratif va à l'encontre même du but poursuivi par le législateur dans l'article 563 du Code de commerce : c'est ce que nous allons démontrer.

On sait qu'en cas de faillite du mari l'article 563 C. Com. restreint l'hypothèque légale de la femme : 1^o aux immeubles qui appartenaient au mari lors de la célébration du mariage ; 2^o aux immeubles qui lui sont advenus ensuite par succession, par donation ou par legs.

Cette restriction de l'hypothèque est subordonnée à cette condition que le mari ait été commerçant lors de la célébration du mariage ou que, n'ayant pas alors de profession déterminée, il soit devenu commerçant dans l'année.

En conséquence, l'hypothèque légale ne frappe pas les immeubles acquis à titre onéreux par le mari pendant le mariage ; la loi présume que ces immeubles ont été acquis avec l'argent des créanciers.

Que décider lorsque le mari étant copropriétaire d'un immeuble et ayant sa part indivise grevée de l'hypothèque légale de sa femme a reçu ou acquis, en vertu d'un partage ou d'une adjudication sur licitation, la totalité de l'immeuble ? L'hypothèque légale de la femme s'étend-elle à l'immeuble entier ?

II. — *Doctrine*

Trois opinions ont été soutenues.

La première prétend que l'hypothèque légale porte sur

l'immeuble entier et applique l'article 883. Cet article étant déclaratif et non attributif de propriété le failli est réputé avoir succédé seul à la totalité de l'immeuble. Par suite la femme peut faire valoir son hypothèque sur toutes les parties de cet immeuble (1).

Nous repoussons cette solution qui donne au principe de l'article 883 une extension qu'il ne comporte pas et nous disons avec M. Esnault (2) : « Ici la fiction qui n'est elle-même qu'une exception s'évanouit devant une exception contraire et plus puissante qu'elle, devant la faillite du mari, situation anormale du négociant imprudent ou malheureux. En repoussant les règles hypothécaires du C. C. le législateur n'a pu garder leurs conséquences ».

La deuxième opinion soutient que l'hypothèque légale ne porte que sur la part indivise appartenant dès l'origine au mari. Elle se base sur le caractère de fiction de l'article 883 étranger aux rapports de chaque copropriétaire avec ses ayants cause; elle rejette par conséquent l'application de cet article (3).

La troisième opinion fait une distinction. La totalité de l'immeuble a-t-elle été attribuée au mari par un partage? Dans ce cas les copropriétaires du mari ayant été remplis

(1) Renouard, *Des faillites*, II. 313. — Alauzet, *Com. du C. de Com.* IV, 1881. — Pont, n° 536. — Demangeat sur Bravard, p. 565 note.

(2) N° 600.

(3) Esnault, III, 600. — Massé *Dr. Com.*, II, 1435 — Demolombe, XVII, 328; Bertault, *Rev. crit.*, 1864, XXIV, p. 392 et 393.

de leurs droits avec des valeurs indivises, on ne peut songer à appliquer la présomption selon laquelle les immeubles acquis à titre onéreux par le mari l'ont été avec l'argent des créanciers; dès lors l'immeuble entier doit être atteint par l'hypothèque légale de la femme. La totalité de l'immeuble a-t-elle été adjugée au mari sur licitation? La présomption reprend toute sa force et dès lors l'hypothèque doit être restreinte à la part indivise qui appartenait seule au mari avant l'adjudication.

Tout en écartant l'application de l'article 883 nous nous rangeons volontiers à cette dernière opinion.

Lorsqu'il résulte de l'acte de partage que les cohéritiers ont été remplis de leurs droits en valeurs héréditaires, il est vrai de dire que la totalité de l'immeuble est advenue au mari par succession et l'on est alors dans les limites de l'article 563. Cet immeuble ne sera pas considéré comme acquis à titre onéreux.

Il n'en serait plus de même lorsque le mari aurait payé une soulte à ses héritiers ou serait resté adjudicataire sur licitation. Dans ce cas nous tomberions dans l'hypothèse de l'art. 563 et l'immeuble serait regardé comme acquis à titre onéreux.

III. — *Jurisprudence*

La jurisprudence décide que l'hypothèque frappe la totalité de l'immeuble (1).

(1) Limoges, 14 mai 1853, S. 1853, 2, 567. — Metz 20 décembre 1865, S. 1870, 1, 5. — Cass. Civ., 10 novembre 1869, D. 1869, I. 501.

D'après l'arrêt de la chambre civile de la Cour de Cassation du 10 novembre 1869, l'hypothèque légale de la femme d'un commerçant failli frappe la totalité de l'immeuble dont le mari s'est rendu adjudicataire sur licitation soit que cet immeuble dépendît d'une succession ouverte pendant le mariage au profit du mari et d'autres héritiers, soit que le mari en fût propriétaire à l'époque du mariage.

Dans l'espèce, un sieur V... avait acquis par succession pendant le mariage le tiers d'un immeuble et s'était rendu acquéreur à la suite de licitation des deux autres tiers.

« Si dans le partage des biens sur lesquels l'hypothèque de la femme est maintenue, dit l'arrêt, il est attribué au mari moyennant soule ou prix de licitation une part d'immeuble au delà de la quotité à laquelle il avait droit, l'attribution de cet excédent ne peut être assimilée à une acquisition à titre onéreux, elle constitue un simple mode de lotissement et l'un des résultats ordinaires du partage, le titre de propriété continuant de résider dans les causes mêmes de l'indivision ; l'art. 563 C. Com. en prévoyant spécialement le cas de succession admet, par là même, l'éventualité d'un partage avec tous ses effets légaux, et notamment le caractère déclaratif qui y est attaché par l'art. 883 ; les effets absolus et réciproques de cette fiction légale s'opposent à ce que la femme, suivant les résultats du partage ou de l'acte qui en tient lieu, en subisse tous les inconvénients sans pouvoir, par compensation, en recueillir les avantages ; en conséquence et nonobstant la faillite

du mari, l'hypothèque légale de la femme s'étend sur la totalité de l'immeuble qui lui est échu par le partage et dont il s'est rendu adjudicataire sur licitation volontaire ou judiciaire. »

L'arrêt, on le voit, s'appuie exclusivement sur l'effet déclaratif du partage dont il fait, à tort, l'application.

Il oublie, en effet, que nous nous trouvons ici en présence de l'une de ces hypothèses où la règle du partage déclaratif, malgré la généralité d'application que l'on peut vouloir à tout prix lui reconnaître, se trouve modifiée par un texte spécial, fondé sur des principes particuliers.

De plus, il donne à l'art. 883 une extension qu'il ne comporte pas et va à l'encontre même de la disposition de l'art. 563 au point de considérer comme des immeubles échus au mari à titre de succession les portions indivises qu'il a acquises à l'aide de deniers personnels.

Ce que le législateur a voulu, en édictant l'art. 883, c'est que la femme ne puisse pas faire porter son hypothèque sur des immeubles acquis par le mari avec l'argent que lui auraient fourni ses créanciers. Tout immeuble, acquis à titre onéreux est, de plein droit, présumé avoir été acquis par lui avec les deniers des créanciers.

En appliquant ici la règle de la déclarativité la jurisprudence méconnaît le but poursuivi dans l'art. 563 et qui s'inspire des principes de loyauté vis-à-vis de créanciers dont les intérêts sont gravement menacés; ces considérations nous sont une raison de plus pour écarter le carac-

tère absolu d'une règle qui doit être strictement limitée aux motifs qui l'ont fait adopter.

§ III. — QUESTION DU PARTAGE ENVISAGÉ COMME JUSTE TITRE
EN MATIÈRE DE PRESCRIPTION

Voici encore une autre hypothèse où l'art. 883 a été étendu tout à fait en dehors de son champ d'application normal.

Un tiers, durant l'indivision, est en voie d'acquérir par prescription un bien ou un droit quelconque contre la succession.

Parmi les cohéritiers les uns sont majeurs, les autres mineurs ; ou bien il y a une femme mariée sous le régime dotal ; ou encore l'un habite dans le ressort de la Cour dans lequel l'immeuble est situé et l'autre habite un ressort différent.

Est-ce l'événement du partage qu'il faudra considérer pour savoir si la prescription a pu ou non s'accomplir, de telle sorte que si le bien tombe dans le lot d'un héritier contre lequel la prescription a pu courir, celle-ci est accomplie et qu'au contraire elle ne l'est pas si l'immeuble est échu à un héritier contre lequel elle ne courait pas.

Ainsi encore : le propriétaire d'un fonds dominant décède alors que le propriétaire du fonds servant prescrit contre lui depuis 28 ans la libération de son fonds. Il laisse deux héritiers : l'un majeur, l'autre mineur. Ceux-ci

procèdent au partage au bout de trois ans et l'immeuble est mis au lot du majeur. La prescription lui sera-t-elle opposable?

La jurisprudence s'en tenant toujours au caractère absolu du partage répond : la prescription est accomplie contre le majeur ; il a donc perdu le bénéfice de la servitude.

Nous disons : nous ne sommes pas ici dans une hypothèse prévue par le législateur pour l'application de la fiction. Nous revenons au droit commun, c'est-à-dire au caractère attributif du partage et, en conséquence, nous soutenons que le majeur pourra, en tant qu'ayant cause du mineur pour partie, interrompre utilement la prescription et bénéficier de la servitude.

Nous avons deux arrêts à examiner dans cette matière.

Le premier de la Cour de Cassation du 2 décembre 1845 (1).

Il s'agissait d'une prescription de servitude qui avait couru pendant l'indivision contre deux communistes, l'un majeur, l'autre mineur ; le fonds dominant avait été mis dans le lot du majeur ; si l'on ne faisait pas bénéficier celui-ci de la suspension existant au profit de son cohéritier, la prescription était acquise ; dans le cas contraire, elle n'était pas acquise. La Cour a décidé que la prescription était acquise en s'appuyant sur le caractère absolu de l'article 883 : « Attendu que c'est d'une manière générale et absolue que l'article 883 décide que chaque

(1) S. 1845, I. 21.

cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot. »

La Cour de Cassation a rendu une décision semblable le 29 août 1853 (1) basée sur le même principe.

Il s'agissait aussi d'un immeuble tombé au lot d'un cohéritier majeur sur lequel un tiers prétendait avoir acquis une servitude par prescription.

La Cour a décidé que l'effet rétroactif attaché au partage par l'article 883 s'oppose à ce que l'héritier majeur puisse se prévaloir, à l'égard des choses tombées dans son lot, de la suspension de prescription résultant de la minorité de son cohéritier.

Cet arrêt cassait une décision de la Cour de Nancy du 29 novembre 1851 laquelle, à notre avis, avait indiqué la portée véritable de l'article 883.

« Il ne faut pas oublier, disait la cour de Nancy, quant au principe consacré par l'article 883, que l'esprit de cet article est d'empêcher les copartageants d'exercer par avance les droits de propriété sur d'autres biens que ceux tombant dans leurs lots respectifs, mais non d'effacer complètement le temps de l'indivision et de réduire le contrat de partage à une cause purement rétrospective du droit inhérent à chacun des copartageants sur les biens compris dans son lot ;

« Que la combinaison des articles 883 et 884 révèle que

(1) S. 1854, I. 707; D. 1853. I. 230.

dans la pensée du législateur le contrat de partage est en lui-même une espèce de vente ou d'échange qui impose des obligations parallèles et corrélatives aux copartageants. »

La décision de la Cour de Cassation va d'ailleurs contre des textes formels : les articles 709 et 710 du Code Civil.

Article 709. — « Si l'héritage en faveur duquel la servitude est établie appartient à plusieurs par indivis la jouissance de l'un empêche la prescription à l'égard de tous. »

Article 710. — « Si parmi les copropriétaires s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pu courir, comme un mineur, il aura conservé le droit de tous les autres. »

La pensée qui a fait édicter les articles 709 et 710 est la conservation pour le fonds des servitudes qui lui appartiennent soit que l'un des propriétaires exerce ces servitudes, soit que la prescription ait été suspendue à son profit.

Donc les articles 709 et 710 dérogent au principe de l'effet déclaratif et l'interprétation de la Cour de Cassation revient, en somme, à les supprimer.

Il y a un autre motif d'écarter l'article 883 : c'est que, dans l'espèce soumise à la Cour de Cassation, le majeur peut exercer un recours en garantie contre le mineur.

La grande majorité des auteurs est contraire à la jurisprudence, même ceux qui, comme M. Planiol (1) expliquent

(1) T. III, 3^e éd., n° 2379 ; t. I, 5^e éd., n° 2988.

l'article 883 par l'idée d'une condition résolutoire. Preuve manifeste que l'effet déclaratif n'a pas la portée absolue qu'on veut lui donner.

SECTION II

Cas où la Jurisprudence écarte la règle

La jurisprudence, reconnaissant à l'art. 883 un caractère absolu, l'applique dans les cas que nous venons d'examiner ; mais elle ne reste pas fidèle à ce principe et s'empresse d'écarter cette même règle dans d'autres hypothèses qui nous restent à exposer.

Cette section est divisée en deux paragraphes :

§ 1. — Soultes de partages ;

§ 2. — Licitation d'un immeuble appartenant par indivis à une femme dotale et adjudication à un copartageant.

§ I. — SOULTES DE PARTAGE

Nous nous sommes demandé, à propos de la composition de la communauté (1) si, dans le cas où un époux appelé à une succession avait reçu dans le partage une quantité de meubles ou d'immeubles différente de celle qui aurait dû lui échoir proportionnellement à sa part hérédi-

(1) § 4, section I de ce chapitre.

taire, les droits respectifs de cet époux et de la communauté devaient être réglés en tenant compte du résultat du partage, et par application de l'art. 883, ou bien, au contraire, d'après la valeur comparative des meubles et des immeubles eu égard à la composition de la masse.

Nous avons conclu, contrairement à la jurisprudence, qu'il fallait s'en tenir, non aux résultats du partage, mais bien à la valeur des meubles et des immeubles dans la succession.

Nous estimons, en effet, que l'art. 883 doit rester étranger au règlement des droits de l'un des héritiers et des tiers, comme la communauté.

La logique nous oblige donc à refuser l'application de cet article au cas où l'un des époux a reçu, pour sa part, une soulte ou un prix de licitation.

Chose curieuse, la jurisprudence qui applique l'art. 883, en se fondant précisément sur le caractère absolu de cette règle lorsqu'il s'agit de savoir dans quelle proportion la part héréditaire d'un époux tombera dans la communauté, repousse la même règle quand le conjoint a reçu une soulte ou un prix de licitation.

N'est-ce-pas, en définitive, reconnaître au principe du partage déclaratif une portée toute relative ?

La théorie qui refuse l'application de l'article 883 en matière de soultes a pour elle la grande majorité des auteurs anciens et modernes.

I. — Doctrine

Bourjon (1) voulait que l'art. 883 fût applicable; son opinion n'était pas suivie. Les auteurs se sont ralliés, pour la plupart, à celle de Lebrun (2) et de Pothier (3) qui étaient d'un avis contraire.

Voici comment s'exprimait ce dernier dont la doctrine moderne s'est inspirée.

« La créance d'une somme d'argent due à l'un des conjoints pour le retour de partage d'une succession de biens immeubles..., quoique mobilière, n'entre pas en communauté, étant provenue durant la communauté à ce conjoint du droit qu'il avait à une succession d'immeubles qui est un droit immobilier. C'est l'avis de Lebrun qui est mal à propos contredit par Bourjon qui prétend que ce retour en deniers doit tomber en communauté sans que le conjoint en puisse avoir aucune reprise. Il se fonde sur ce que les partages ayant, dans notre jurisprudence, un effet rétroactif, ce conjoint est censé avoir succédé directement aux seuls immeubles échus dans son lot et au retour en deniers dont son cohéritier est chargé envers lui; que ce retour en deniers étant en soi un effet mobilier et ne pouvant ni lui tenir lieu d'aucuns immeubles qu'il ait eus, n'ayant succédé qu'à ceux échus dans ce lot, ce retour en

(1) *Droit commun de la France*, t. I, p. 520, tit. 40, 2^e part., chap. III, n° 7 note.

(2) *Communauté*, p. 53, liv. I, chap. V, sect. I, dist. I, n° 45.

(3) *De la Communauté*, part. I, chap. II, n° 400. part. IV, chap. I., n^{os} 629-630.

deniers doit tomber dans la communauté. La réponse est que ce retour n'est pas un simple effet mobilier de la succession auquel on puisse dire que le conjoint a succédé. On ne peut pas dire que ce soit un effet de la succession puisque la succession était tout immobilière et que ce n'est pas dans la bourse de la succession mais dans la bourse particulière du cohéritier qui en est chargé que doit se prendre ce retour. Ce retour en deniers, dont son cohéritier est chargé envers lui par le partage, doit donc passer pour une créance contre son cohéritier, mobilière à la vérité, mais qui lui tient lieu non d'aucuns immeubles déterminés, n'ayant succédé qu'à ceux échus en son lot, mais d'un droit immobilier indéterminé puisqu'elle lui tient lieu de ce qui manquait à son lot pour parfaire sa part et son droit à une succession immobilière. Cette créance lui est provenue durant le mariage du droit qu'il avait à une succession immobilière et, par conséquent, d'un droit immobilier ; elle doit donc, suivant notre principe, quoiqu'elle soit mobilière en soi, être exclue de la communauté ».

C'est ce qu'enseignent Toullier (1), Duranton (2), Zachariae (3), Troplong (4), Odier (5), Rodière et Pont (6), Marcadé (7).

(1) T. XII, 118.

(2) T. XIV, 118.

(3) T. III, § 207, n° 24.

(4) *Mariage*, t. I, 444.

(5) *Mariage*, t. II, n° 89.

(6) *Mariage*, t. I, n° 431.

(7) T. V, 1408, n° 8 bis 2°

II. — Jurisprudence

La jurisprudence s'est rangée à l'opinion de la doctrine. Les Cours d'Appel de Nancy (1) de Douai (2), la Cour de Cassation (Chambre des Requêtes) (3) décident qu'on doit exclure de la communauté la partie du prix de licitation des immeubles héréditaires échue à l'époux commun en biens ou la soulte qui lui est payée par ses cohéritiers ou, plus exactement, la communauté ne les reçoit qu'à charge de récompense.

Dans l'affaire soumise à la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation (arrêt du 11 décembre 1850), il s'agissait de deux successions indivises entre une dame G... et ses deux frères comprenant ensemble une somme de 41.380 francs et le surplus en immeubles. Il fut attribué à M^{me} G... une somme de 100.000 francs.

L'arrêt considère cette somme de 100.000 francs comme une soulte en ce qu'elle excède celle de 41.380 francs, et se basant sur ce que l'effet déclaratif ne peut s'appliquer qu'aux biens héréditaires, il décide que cette somme ne peut tomber dans la communauté sans récompense.

En voici d'ailleurs les parties principales :

« Attendu qu'il est constaté, en fait, par l'arrêt attaqué que les deux successions de la dame B... et de la demoiselle

(1) 3 mars 1837, D. 1838, 2, 220. S. 1839, 2, 202.

(2) 9 mai 1849, D. 1852, 2, 114. S. 1850, 2, 180.

(3) 11 décembre 1850, D. 1851, I, 287, S. 1851, I, 253.

selle M... déjà ouvertes au profit de la dame G... lors de son mariage, mais encore indivises en ce moment entre la dite dame et ses deux frères, ne comprenaient, dans leur ensemble, en valeurs mobilières, qu'une somme de 41.380 francs, tout le surplus consistant en immeubles ; que, dès lors, la somme de 100.000 francs en deniers reçue par la dame G... de son père, au moment de son mariage, n'a jamais pu constituer, du moins pour ce qui excédait les 41.380 francs, une valeur mobilière provenant en réalité desdites deux successions ;

« Attendu que l'attribution faite à la dame G... de la totalité de cette somme par le partage n'a pu en changer le véritable caractère et la faire considérer, aux termes de l'article 883 C. C, comme recueillie directement par la dame G... dans les deux successions dont il s'agit ; qu'en effet, la fiction de l'article 883 ne s'applique, en principe général, qu'aux valeurs héréditaires elles-mêmes et non aux soultes qui peuvent être fournies à l'un des copartageants en dehors de l'hérédité pour compenser l'inégalité de son lot ;

« Attendu, dès lors, que la somme de 100.000 francs formait réellement, pour ce qui excédait les 41.380 francs, une soulte payée à la dame G... non en corps héréditaires mais en valeurs étrangères aux deux successions partagées et comme compensation des immeubles abandonnés par elle à ses frères au delà de leur part virile dans l'actif immobilier provenant tant des deux successions que de la

donation toute immobilière faite par B... père à ses trois enfants; que, par conséquent, elle représente, en réalité, le prix d'une cession d'immeubles par elle consentie au profit de ses frères lors dudit partage, c'est-à-dire postérieurement au mariage contracté, d'où il suit qu'aux termes des articles 1401 et 1433 combinés la dite somme conservant, pour ce qui excède les 41.380 francs, le caractère immobilier qu'elle tenait de son origine, a dû donner lieu, lors de la liquidation de la communauté, à un prélèvement en faveur de la femme du chef de laquelle elle provenait. »

M. Pont (1) apprécie cet arrêt dans les termes suivants :

« La Cour de Cassation exprime, dans son arrêt du 11 décembre 1850, que la fiction de l'article 883 du Code Napoléon ne s'applique point aux soultes fournies à l'un des copartageants, ces valeurs ne dépendant pas de l'hérédité, pour compenser l'inégalité de son lot ; ces valeurs participant entre les mains de l'héritier auquel elles sont attribuées de la nature des biens dont elles forment la représentation ou le prix, elles se trouvent ainsi substituées durant le mariage à des immeubles échus par succession, c'est-à-dire à des objets que leur nature et leur origine excluent de la communauté. Il s'ensuit qu'elles donnent lieu, lors de la liquidation de la communauté, à un prélèvement de la part de l'époux en faveur duquel la succession s'est ouverte. »

(1) *Revue critique de jurisprudence*, 1852, mars, p. 140.

En un mot, d'après M. Pont et d'après l'arrêt ci-dessus le prix représente l'immeuble auquel il est substitué. Donc la soulte reste propre à la femme.

Il résulte de la solution donnée par la jurisprudence en matière de soultes de partage que la règle de l'art. 883 n'est pas aussi absolue qu'elle le soutient généralement, car s'il en était ainsi, pour être logique, il faudrait dire que les cohéritiers qui sont restés adjudicataires sur licitation étant réputés avoir toujours été propriétaires des immeubles, l'autre copropriétaire, c'est-à-dire la femme dans l'espèce ci-dessus est censée ne l'avoir jamais été; que, par conséquent, le prix lui revenant est un acquêt de communauté.

Si nous supposons maintenant qu'une hypothèque ait été consentie par la femme antérieurement au mariage et pendant l'indivision et que, d'autre part, des créanciers chirographaires de cette femme se présentent et demandent la distribution par contribution de la somme sur laquelle ils prétendent avoir droit, il nous est facile de faire ressortir tout ce qu'il y a de choquant, au point de vue de la logique juridique, dans le système de la jurisprudence.

D'une part, en effet, en matière de communauté l'art. 883 n'est pas assez puissant pour empêcher la soulte de rester propre à la femme, pour refuser aux créanciers de celle-ci d'être payés sur cette somme, pour admettre le mari en concurrence avec les créanciers de la femme; et,

d'autre part, ce même article serait assez fort en matière hypothécaire pour permettre à des créanciers chirographaires de venir au même rang que les créanciers hypothécaires. C'est donner au texte une interprétation trop étroite, ou trop large, peu compatible avec le système du caractère absolu.

§ II. — LICITATION D'UN IMMEUBLE APPARTENANT PAR INDIVIS
A UNE FEMME DOTALE ET ADJUDICATION A UN COPARTAGEANT.

L'étude de cette question va nous fournir un nouvel exemple de l'échec que la jurisprudence fait subir au principe de l'effet absolu du caractère déclaratif du partage.

I. — Exposé

Une femme dotale est copropriétaire par indivis d'un immeuble qui est licité pendant le mariage. L'adjudication est faite au profit d'un colicitant.

La jurisprudence n'applique pas l'art. 883 à la portion qui revient à la femme dans le prix. Par conséquent celle-ci n'est pas censée n'avoir jamais été copropriétaire de l'immeuble, mais au contraire, la somme lui revenant est considérée comme dotale et soumise au remploi.

Cette solution est basée sur la loi elle-même (art. 1558) ce qui prouve bien que le législateur n'a pas entendu donner à la règle de l'art. 883 l'étendue qu'on lui prête.

L'art. 1558 al 6 et 7 dispose que l'immeuble dotal peut être aliéné avec permission de justice et aux enchères après trois affiches... lorsqu'il se trouve indivis avec des tiers et qu'il est reconnu impartageable... L'excédent du prix de la vente au-dessus des besoins reconnus restera dotal et il en sera fait emploi comme tel au profit de la femme.

II. — *Jurisprudence*

Il résulte de cet article que la part de la femme dotale dans le prix d'un immeuble indivis vendu sur licitation est soumise au remploi.

Il faut donner la même solution pour la soulte.

Un arrêt de la Cour d'Amiens du 19 juin 1847 (1) décide que la soulte de partage due à une femme mariée sous le régime dotal par l'un de ses cohéritiers devenu adjudicataire sur licitation d'un immeuble de la succession qui avait le caractère de dotalité dans la mesure du droit indivis de la femme sur cet immeuble est elle-même dotale et qu'il n'y a pas lieu d'appliquer la fiction de l'article 883.

La jurisprudence étend même cette solution et, par conséquent, écarte l'article 883, quand la femme au lieu de toucher, pour sa part, une portion du prix de la licitation en est remplie au moyen de valeurs héréditaires : arrêt de

(1) S. 1848, 2, 305.

la Cour de Rouen du 23 février 1855, confirmé par la Chambre des Requêtes du 10 mars 1856 (1).

La Cour de Rouen a repoussé la fiction de l'article 883 et a jugé que de quelque façon que la femme se trouve payée de sa portion dans le prix de licitation cette portion est toujours frappée de dotalité et soumise, à ce titre, au remploi dotal.

On s'est demandé si ces valeurs sont un prix de licitation dans le sens de l'article 1558, ou, au contraire, si elles ne tombaient pas sous le coup de l'article 883.

On a fait valoir, en faveur de la seconde opinion, deux arrêts de la Cour de Caen du 9 mars 1839 (2) et du 5 novembre 1845 (3).

Dans l'espèce du premier arrêt il s'agissait d'un partage entre trois enfants dans lequel était attribué à chacun un domaine sauf à égaliser les lots avec d'autres valeurs. Une femme dotale reçut l'un des immeubles et des valeurs mobilières. La Cour de Caen fut saisie pour savoir s'il devait être fait emploi de ces valeurs mobilières dans la mesure où elles représentaient l'excédent d'immeubles par application de l'article 1558.

« Considérant, dit l'arrêt, que la disposition de l'article 883 est absolue ; qu'elle s'applique, non seulement aux héritiers entre eux, mais encore à toute autre per-

(1) D. 1856, 1, 155 ; S. 1856, 1, 637.

(2) D. 1839, 2, 194 ; S. 1839, 2, 351.

(3) S. 1846, 2, 246.

sonne, et notamment au conjoint du cohéritier ainsi que l'indique positivement l'article 1408 ;

« Considérant que si l'article 1558 veut qu'il soit fait emploi au profit de la femme du prix d'un bien dotal indivis et impartageable vendu par licitation, c'est qu'alors ce prix, payé par l'adjudicataire de ses propres deniers, n'a jamais appartenu au défunt et n'est point, par conséquent, un des effets de la succession ; mais qu'il en est autrement lorsque c'est avec les valeurs mobilières faisant partie de l'hérédité que la différence entre les lots des immeubles est comblée ;

« Considérant que, d'après ce principe, il faut reconnaître que la dame P... n'a recueilli en immeubles dans la succession de son père que la terre de..., et que les valeurs mobilières qu'elle prélèvera pour rendre son lot égal à celui des cohéritiers ne pouvant être considérées comme étant le prix ou la représentation des autres immeubles sur lesquels elle est censée n'avoir jamais eu aucun droit de propriété, conserveront à son égard et à l'égard de son mari. leur nature et pourront, par conséquent, être reçues sans remploi d'après l'article 1549 C. C. ».

L'objection tirée des termes de cet arrêt contre la décision de 1856 ne porte pas, car il s'agissait, dans l'affaire qu'à eu à juger la Cour de Caen en 1839, d'un partage amiable où il n'y avait ni prix ni soulte et, par conséquent, pas lieu à remploi.

C'est ce qu'explique M. Troplong (1) qui n'exige le remploi que lorsque la soulte a été payée avec des valeurs étrangères à la succession, hypothèse dans laquelle la fiction de l'article 883 n'est pas applicable.

« Si la soulte a été payée avec des effets mobiliers de la succession, si cette soulte provient des facultés du défunt, alors la femme est censée y avoir succédé immédiatement. On ne peut pas dire que la soulte représente dans ses mains les portions d'immeubles qui ont mis un excédent dans le lot des cohéritiers. La femme est censée n'avoir jamais succédé à ces portions ; ses cohéritiers les tiennent immédiatement du défunt, de même qu'elle tient immédiatement du défunt les valeurs mobilières dont il s'agit. Donc il n'y a pas lieu au remploi de ces valeurs ; elles ne représentent pas des immeubles dont la femme ait été propriétaire et dont elle aurait été dépouillée ».

En ce qui concerne l'arrêt de la même Cour du 5 novembre 1855 l'objection que l'on a voulu en déduire n'a pas plus de valeur car ici l'article 883 n'était pas en jeu, les héritiers ayant été lotis en vertu d'un partage d'ascendant.

Il faut donc dire que c'est à bon droit que, dans l'arrêt de 1856, la Cour de Cassation a écarté l'article 883 et a soumis au remploi prescrit par l'article 1558 la portion du prix d'adjudication revenant sur licitation à une femme dotale

(1) N° 3486.

alors même qu'elle serait payée, non au moyen d'une soulte mise à la charge de l'héritier adjudicataire, mais en effets dépendant de la succession. Par la licitation la femme acquiert un droit sur le prix de l'immeuble et d'ailleurs, dans l'espèce de 1856, la femme ne pouvait recevoir ce prix sans faire emploi. Les valeurs héréditaires qui lui furent attribuées tenaient lieu du prix et, comme lui, devaient être soumises au remploi.

SECTION III

Autres cas dans lesquels les décisions de la jurisprudence sont inconciliables avec sa théorie du caractère absolu

§ I. — CESSIION PAR LE COPROPRIÉTAIRE D'UN IMMEUBLE INDIVIS DE SA PART DANS LE PRIX DE LICITATION

Les conditions mises par la jurisprudence à la validité d'une cession faite par un copropriétaire d'un immeuble indivis de sa part dans le prix de licitation dans le cas où l'adjudicataire serait un copartageant sont tout aussi inconciliables avec l'opinion qu'elle professe sur la portée de l'article 883.

D'après un arrêt de la Cour d'Orléans du 1^{er} mars 1873 (1) la cession faite par le copropriétaire d'un immeuble de sa part éventuelle du prix de licitation est valable et la signi-

(1) S. 1873, 2, 300.

fication de la cession faite avant la licitation à l'autre copropriétaire approprie le cessionnaire de la somme à revenir au cédant dans le prix de l'immeuble adjudgé à cet autre copropriétaire.

Il s'agissait d'un immeuble indivis entre les dames G... et S... L'immeuble était grevé de deux hypothèques du chef de la dame G... Sa sœur, la dame S... fut déclarée adjudicataire. En conséquence la Cour déclare qu'aux termes de l'article 883 celle-ci est censée avoir recueilli seule l'immeuble et que, dès lors, les hypothèques disparaissent ; mais l'un des deux créanciers hypothécaires s'était fait céder la part de sa débitrice dans le prix et avait, avant l'adjudication, notifié ce transport à la dame S. A partir de ce moment, dit l'arrêt, il y eût de la part de ce créancier mainmise sur le prix de la licitation éventuelle.

La validité de ce genre de cessions n'est pas contestable.

Mais, aux termes de l'article 1690, le cessionnaire d'une créance n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur.

Or, ici, le débiteur n'est point connu : ce peut être un copartageant, mais aussi un tiers étranger.

Le cessionnaire, il est vrai, a la ressource de notifier la cession à tous les adjudicataires éventuels ; mais lui est-il possible de connaître toutes les personnes qui, spontanément, viendront porter des enchères ? Et peut-on sérieuse-

ment asseoir un droit dans de pareilles conditions?

La jurisprudence déclare (1) que l'adjudicataire des immeubles étant présumé, d'après l'article 883, en avoir toujours été propriétaire, et par conséquent seul débiteur de la soulte transportée ou cédée, la signification doit produire effet à sa date.

Il est certain que, par le fait de l'adjudication sur licitation, le copartageant est réputé, en vertu de l'article 883, avoir été seul propriétaire des biens à lui échus; mais il tient ses droits du *de cujus*, tandis que, par l'emploi des formes de l'article 1690, le copartageant adjudicataire éventuel qui a reçu la notification de la cession est traité comme un débiteur direct du cédant; or, l'article 883 en fait un ayant cause sans intermédiaire du défunt.

N'est-ce pas reconnaître que la fiction de l'effet déclaratif n'est pas applicable toujours et dans tous les cas, en un mot qu'elle n'est point absolue mais relative?

§ 2. — OBLIGATION POUR L'HÉRITIER BÉNÉFICIAIRE DE PAYER LES DROITS DE TRANSCRIPTION ET FACULTÉ DE PURGER

La jurisprudence astreint l'héritier bénéficiaire à payer les droits de transcription et lui laisse la faculté de purger l'immeuble héréditaire dont il se rend adjudicataire sur licitation; c'est-à-dire que, soumis à l'article 883 dans ses rapports avec les copartageants il est considéré comme

(1) Cass., 26 mai 1886, D. 1886, 4, 281.

tiers détenteur vis-à-vis des créanciers et soustrait, à cet égard, à l'application du même article : nouvelle preuve du caractère relatif de la règle.

La jurisprudence de la Cour de Cassation a toujours reconnu que l'adjudication au profit d'un héritier bénéficiaire est un acte de nature à être transcrit afin d'arriver à la purge.

La doctrine est généralement dans le sens de la jurisprudence (1).

M. Valette a cependant soutenu que l'adjudication de l'héritier bénéficiaire n'est pas de nature à être transcrite parce qu'elle n'est pas translatrice de propriété ; il est impossible de découvrir un intermédiaire entre lui et le défunt ; s'il y a plusieurs cohéritiers ayant accepté sous bénéfice d'inventaire la vente est une licitation qui vaut partage. Il assimilait l'héritier bénéficiaire à l'héritier pur et simple.

M. Labbé n'admettait pas cette argumentation pour les motifs que l'héritier pur et simple a confondu son patrimoine avec celui du défunt tandis qu'au contraire l'héritier bénéficiaire a la séparation des patrimoines ; il n'est pas tenu de parfaire ce qui manque aux créanciers : il peut donc purger.

Le système de M. Valette fut rejeté par un premier

(1) Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, texte et note 27, p. 506 ; Paul Pont, *Priv. et Hyp.*, t. II, n° 1274 bis ; Demolombe, *Tr. des succ.*, t. III, n° 191 bis ; Thézard, n° 199 ; De Loynes, n° 2355.

arrêt de la Cour de Cassation des 12 et 27 novembre 1872 (1) et un second du 3 février 1874 (2).

Deux tribunaux : celui de la Seine en 1870 et celui de Melun, comme juridiction de renvoi, ayant encore jugé dans le sens de ce système il intervint un arrêt de Cassation, toutes chambres réunies (3) qui le condamna définitivement.

Cet arrêt prononce qu'à l'égard des créanciers inscrits sur l'immeuble l'héritier bénéficiaire, soit majeur, soit mineur qui se rend adjudicataire sur licitation est un tiers détenteur qui a la faculté de purger. Par suite l'adjudication est de nature à être transcrite.

« Si le jugement d'adjudication sur licitation doit produire les effets qui sont la conséquence du principe posé dans l'article 883, les dispositions de ce dernier article et la fiction qu'il a admise sont sans influence sur les rapports de l'adjudicataire avec les créanciers inscrits sur l'immeuble ; à leur égard l'adjudicataire sur licitation, quand il n'a accepté la succession que sous bénéfice d'inventaire, est un tiers détenteur ».

Les mêmes motifs sont reproduits dans un arrêt de la Chambre des Requêtes du 5 mars 1894 (4). Décision semblable du 17 mai 1909. (5)

(1) D. 1873, I, 197 ; S. 1873, I, 86.

(2) D. 1874, I, 361.

(3) Cass. 12 janvier 1876, D. 1876, I, 52, S. 1876, I, 81.

(4) S. 1893, I, 149.

(5) *Gaz. Palais*, supp. juillet.

Ainsi donc d'après la jurisprudence l'adjudication au profit d'un héritier bénéficiaire d'un immeuble de l'hérédité est simplement déclarative et non translatrice de propriété en ce qui concerne les rapports des copartageants entre eux.

Mais, vis-à-vis des créanciers inscrits, l'héritier bénéficiaire se trouve dans la même situation que tout acquéreur ; son acquisition est donc de nature à être transcrite pour la fixation du prix et la purge des hypothèques.

C'est-à dire que l'adjudication simplement déclarative dans un sens est translatrice dans l'autre.

Cette double face de la licitation au profit d'un héritier bénéficiaire, l'application de l'effet déclaratif d'une part, son rejet de l'autre, prouve surabondamment le caractère purement relatif de l'article 883.

§ 3. — PRIVILÈGE DU COPARTAGEANT EN CONFLIT AVEC UNE HYPOTHÈQUE CONSENTIE PENDANT L'INDIVISION

Les diverses hypothèses que nous venons de parcourir nous confirment dans notre opinion et, malgré un récent arrêt de la Cour de Cassation (1) nous croyons que, suivant le vœu de la loi elle-même, l'effet déclaratif de l'article 883 ne doit pas être pris dans un sens absolu mais seulement relatif.

(1) 12 janvier 1909, (*Gazette des Tribunaux*, 30 janvier 1909).

Nous supposons que deux cohéritiers X et Y ont conjointement et solidairement hypothéqué un immeuble indivis à A. (C'est le cas du litige tranché par l'arrêt du 12 janvier 1909). Après partage Y reste seul attributaire de l'immeuble et par le même acte X délègue à un autre créancier B son privilège de copartageant.

L'immeuble ayant été saisi et revendu sur Y, un ordre est ouvert sur le prix. L'arrêt décide que l'hypothèque consentie par X étant non avenue, le créancier A doit venir dans l'ordre comme simple chirographaire et que, dès lors, il doit être primé par B, cessionnaire du privilège de copartageant.

Il est à remarquer d'abord que si l'hypothèque était anéantie en tant qu'elle avait été consentie par X elle subsistait du chef de Y.

Il s'agissait, en l'espèce, de faire passer le créancier cessionnaire du privilège de copartageant avant l'hypothèque consentie par X et avant l'hypothèque consentie par Y.

Pour justifier ce classement l'arrêt s'appuie exclusivement sur l'effet déclaratif :

« Attendu que l'hypothèque constituée durant l'indivision par un des cohéritiers est non avenue lorsque l'immeuble n'est pas mis dans le lot du constituant ou échoit sur licitation à un autre cohéritier, que le créancier reste alors simplement chirographaire et qu'il est forcé de subir l'exercice du privilège du copartageant. »

Le privilège grève l'immeuble attribué à Y et doit primer les créanciers qui ont acquis des hypothèques du chef de Y. C'est la raison d'être du privilège qui a été donné aux copartageants pour la garantie des partages faits entre eux (art. 2103). Ce n'est donc pas, comme l'indique l'arrêt, en vertu de l'effet déclaratif que B primera le créancier A mais bien en raison de la qualité de sa créance qui lui permet d'être préféré aux créanciers hypothécaires même inscrits avant lui.

De plus si l'arrêt avait fait l'application intégrale de la règle de l'effet déclaratif qu'il déclare absolue, l'hypothèque aurait dû passer avant le privilège comme émanant de celui qui est déclaré par l'art. 883 avoir toujours été seul propriétaire. Mais la loi, afin de conserver l'égalité dans les partages s'y oppose. Elle déclare le copartageant privilégié et lui permet de primer le créancier hypothécaire dont l'inscription est cependant antérieure. La loi nous donne elle-même ici un exemple du caractère relatif de la règle de l'art. 883.

CONCLUSION

L'étude des différentes applications que fait la jurisprudence de l'art. 883 nous amène à conclure qu'elle lui attribue à tort une portée absolue.

Il est même difficile de préciser exactement les actes auxquels elle a entendu faire l'application de cette règle, si bien qu'une appréciation sévère a pu être portée par l'un de nos auteurs modernes les plus autorisés (1), sur cette jurisprudence « qui offre le spectacle de contradictions incessantes parce qu'elle n'a aucun principe fixe. »

Le principe existe cependant. Il est tout simplement dans les motifs de la loi tels que nous les avons exposés. Chose extraordinaire, si nous voulons rencontrer une application nette et précise de ce principe, il nous faut aller la chercher à l'étranger, en Allemagne.

Le Tribunal d'Empire allemand dans une espèce où il avait à interpréter le Code Napoléon et plus spécialement

(1) Planiol, *Tr. de Dr. Civ.* T. III, 3^e éd., n° 2380, p. 517.

le sens de la règle de l'art. 883 s'exprime ainsi (1) : « La fiction de l'art. 883 en vertu de laquelle chacun des cohéritiers doit être considéré, quant aux objets échus dans son lot, comme héritier unique et est censé, d'autre part, n'avoir jamais été copropriétaire des objets auxquels il ne succède pas, a pour but de prévenir les inconvénients qui se seraient produits si chaque cohéritier ne pouvait, en ce qui concerne la quote-part héréditaire des autres cohéritiers, tenir ses droits que de ceux-ci, et si, par conséquent, on pouvait lui opposer les actes de disposition consentis pendant la durée de l'indivision par ses cohéritiers, ou les droits quelconques dérivant de leurs personnes, comme les charges hypothécaires. Il n'est donc point légitime d'étendre cette fiction au-delà du but poursuivi. »

Ce jugement exprime, à notre avis, la vérité juridique. L'intérêt du cohéritier adjudicataire, voilà la mesure d'application de l'art. 883. Cet intérêt exige que l'héritier soit mis à l'abri des hypothèques consenties par son cohéritier durant l'indivision. Mais il ne doit pas aller plus loin. L'art. 883 doit être écarté dans les rapports des ayants cause des copartageants entre eux. Par conséquent toutes les causes de préférence provenant des actes consentis pendant l'indivision par le cohéritier non attributaire et qui ne sont préjudiciables en aucune manière aux droits des cohéritiers doivent subsister.

(1) Tribunal d'Empire, 30 mars 1884, S. 1888, 4, 3.

APPENDICE

Les difficultés pratiques que suscite l'art. 883, les controverses qu'il soulève, appellent, sur cette matière, l'attention du législateur lequel a bien su d'ailleurs écarter dans d'autres circonstances la prétendue rigueur du principe déclaratif.

Ainsi la loi du 10 décembre 1874, art. 18, § 3, complétée par la loi du 10 juillet 1885, art. 17 repousse l'effet déclaratif lorsqu'un navire, ayant été hypothéqué par l'un de ses copropriétaires, fait ensuite l'objet d'un partage.

« Dans tous les cas de copropriété, dit l'art. 18, 3° autres que ceux qui résultent d'une succession ou de la dissolution d'une communauté, par dérogation à l'art. 883 C. C. les hypothèques consenties durant l'indivision par un ou plusieurs des copropriétaires sur une portion de navire continuent à subsister après le partage ou la licitation ».

C'est ainsi encore que la loi du 19 février 1889 permet

au créancier hypothécaire d'exercer son droit de préférence sur l'indemnité due par l'assureur en cas d'incendie de l'immeuble grevé.

Notre législateur serait sagement inspiré, croyons nous, en édictant une disposition semblable qui permettrait au créancier d'exercer son droit de préférence soit sur le prix revenant à son débiteur dans la vente de l'immeuble, soit sur la soulte due par le copartageant.

C'est d'ailleurs ce qu'a fait la loi belge et nous devons constater qu'ici, comme en beaucoup d'autres matières, l'Etranger nous a devancés depuis longtemps dans la voie des réformes.

La loi belge du 15 août 1854 a établi la survivance du droit de préférence au droit de suite dans les termes suivants : art. 2 : « En cas de licitation et quel que soit l'acquéreur autre que le colicitant dont la part indivise se trouvait grevée d'hypothèque, le droit du créancier hypothécaire sera reporté sur la part du débiteur dans le prix »

Cette loi a cherché à concilier les intérêts des héritiers et ceux des créanciers hypothécaires. Elle laisse subsister l'art. 883 dans l'intérêt des cohéritiers ; les hypothèques sont résolues dans le cas où l'immeuble est adjugé à un autre que le constituant, mais elle refuse au créancier chirographaire de venir au même rang que le créancier hypothécaire et décide que le droit de ce dernier sera reporté sur la part du débiteur dans le prix.

Des légistes d'une grande compétence, notamment M.

Ambroise Colin, demandent des réformes plus profondes.

Suivant eux les difficultés auxquelles donne lieu l'art. 883 proviennent de notre système d'organisation de la propriété collective.

Les inconvénients de l'état d'indivision que l'on a cherché à corriger par l'introduction de la règle du principe déclaratif sont le plus souvent aggravés par l'effet de la rétroactivité qui s'attache à cette règle, le même acte présentant des caractères absolument différents suivant la qualité des personnes. Il n'y a qu'une solution au problème et le moyen véritablement efficace est d'enlever aux héritiers la faculté de disposer de la propriété collective héréditaire à moins qu'ils n'agissent ensemble et d'un commun accord.

Ce projet de réforme législative s'inspire du Code Civil allemand.

La législation allemande n'admet pas de fiction semblable à celle de l'art. 883, mais les droits des cohéritiers n'en sont pas moins pour cela protégés.

Le patrimoine personnel des héritiers et le patrimoine de la succession sont complètement séparés ; celui-ci subsiste pendant la durée de la liquidation. En principe les créanciers héréditaires n'ont de droit que sur les biens de la succession qui forme une communauté, *Gesamnte-Hand*. Les créanciers ne sont pas obligés de diviser leurs poursuites contre tous les héritiers. Ils agissent contre la masse.

L'art. 2040 dit que les héritiers ne peuvent disposer qu'ensemble d'un objet dépendant de la masse. Le concours

de tous est donc exigé pour consentir une hypothèque.

L'introduction dans nos lois du régime allemand ne pourrait avoir que d'heureux effets tant au point de vue de l'égalité des partages que de l'intérêt des créanciers.

On lui reproche, il est vrai, de supprimer le crédit qui résulte pour chacun des héritiers de la libre disposition de ses droits dans la masse héréditaire.

Mais il faut considérer qu'en raison de l'orientation nouvelle de notre jurisprudence qui tend de plus en plus à généraliser le principe de l'effet déclaratif à toute licitation même au profit d'un étranger, l'abstention d'un héritier à un acte consenti par les autres sera la cause d'une source de difficultés entre les copartageants et leurs ayants droit.

Nous croyons donc qu'il y aurait une utilité très grande pour tous à réaliser une réforme de notre législation dans ce sens et à exiger notamment le concours de tous les cohéritiers pour constituer une hypothèque.

BIBLIOGRAPHIE

GIRARD. — *Droit romain*.

PETIT. — *Droit romain*.

MERLIN. — Répertoire 10.

LOUET. — Lettre H, sommaire II

DOMAT. — *Lois civiles*.

POTHIER. — *Des successions*.

CHAMPIONNIÈRE. — *Revue de législation*, 1838.

AUBÉPIN. — *Revue critique de droit*, 1860-1861.

VALABRÈGUE. — *Revue pratique*, 1872.

VICTOR DUQUAIRE. — *Revue critique de la jurisprudence*, 1853, t. III.

DE FOLLEVILLE. — *Revue générale du droit et de la législation*, 1877.

DAYRAS. — *Revue pratique de droit français*, 1878.

RODIÈRE. — *Revue de législation et de jurisprudence*, 1852.

LIÉGEARD. — 1855.

DUTRUC. — *Traité des partages*.

COLMET DE SANTERRE. — *Revue critique*, 1864.

Le Code Civil. — *Livre du Centenaire*, Wahl.

- AUBRY et RAU. — *Droit civil français*, t. VI.
- LAURENT. — *Principes de droit civil*, t. X.
- PROUDHON. — *De l'usufruit*, t. V.
- HUC. — *Code Civil*, t. V.
- MOURLON. — Tome II.
- TOULLIER. — Tome XVII.
- DURANTON. — *Cours de droit français*, t. VII.
- GUILLOUARD. — *Des privilèges et hypothèques*, t. II.
- DEMANTE. — *Cours analytique de droit civil*, t. III.
- BAUDRY et WAHL. — *Des successions*, t. III.
- DEMOLOMBE. — *Successions*, t. V.
- TROPLONG. — *Privilèges et hypothèques*, t. IV.
- PLANIOL. — Tomes II et III.
- LYON CAEN et RENAULT. — *Droit commercial*.
- DESSERTAUX. — Dijon, 1908.
-

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
Introduction	1
CHAPITRE I. — Nature du partage	7
<i>Section I.</i> — En raison pure.....	7
<i>Section II.</i> — Opinions diverses	8
§ 1. — Demolombe.....	8
§ 2. — Aubry et Rau.....	8
CHAPITRE II. Étude historique	11
<i>Section I.</i> — Droit romain.....	11
§ 1. — Caractère du partage.....	11
§ 2. — Conséquence au point de vue des hypo- thèques.....	12
§ 3. — Les Romains n'ont pas connu l'effet déclaratif. — Opinion de Trebatius.....	13
<i>Section II.</i> — Ancien droit français.....	
Comment le principe du droit romain a-t-il été abandonné?.....	15
§ 1. — Le fief devient aliénable.....	15
§ 2. — Le partage du fief.....	17
§ 3. — Théorie des aliénations nécessaires.....	17

§ 4. — Opinion de Dumoulin.....	19
§ 5. — Les praticiens.....	20
§ 6. — Application du nouveau système aux matières civiles.....	21
§ 7. — Sort des hypothèques consenties pendant l'in-division.....	22
§ 8. — Pothier.....	23
§ 9. — Divergences à la fin de l'ancien droit sur l'étendue de la règle.....	26
§ 10. — Le Code civil. — La règle de l'art. 883.....	27
CHAPITRE III. — <i>Caractère de la règle de l'art. 883</i>	29
<i>Section I.</i> — Première opinion : c'est une fiction.....	29
<i>Section II.</i> — Deuxième opinion : condition résolutoire..	31
CHAPITRE IV. — <i>Esprit, but et limite de l'art. 883</i>	35
CHAPITRE V. — <i>L'opinion de la jurisprudence</i>	39
CHAPITRE VI. — <i>Survie du droit de préférence au droit de suite..</i>	43
<i>Section I.</i> Considérations générales.....	43
<i>Section II.</i> — Historique.....	45
§ 1. — Droit romain.....	45
§ 2. — Ancien droit.....	48
I. — Des décrets forcés.....	48
II. — Des décrets volontaires.....	48
III. — Lettres de ratification.....	49
§ 3. — Droit moderne.....	49
<i>Section III.</i> — Cas où le droit de préférence existe sans le droit de suite.....	50
§ 1. — Ancien droit.....	50
§ 2. — Privilèges sur les meubles.....	50
§ 3. — Privilège de séparation des patrimoines.....	52

<i>Section IV. — Cas où le droit de préférence survit au droit de suite.....</i>	55
§ 1. — Omission d'un créancier dans le certificat délivré par le conservateur (art. 2.198).....	55
§ 2. — Subrogation par la femme en faveur du tiers acquéreur d'un immeuble du mari (loi du 13 février 1889).....	55
§ 3. — Purge des hypothèques légales non inscrites (art. 2.193-2.195).....	57
I. — Une inscription est prise dans le délai de deux mois.....	58
II. — Aucune inscription n'a été prise dans le délai de deux mois.....	58
§ 4. — Survie des hypothèques occultes en cas de saisie immobilière.....	59
§ 5. — Purge des hypothèques inscrites.....	60
§ 6. — Expropriation pour cause d'utilité publique..	61
§ 7. — Privilège du copartageant.....	61
§ 8. — Des privilèges généraux de l'art. 2.101 considérés dans leur rapport avec les tiers acquéreurs..	62
<i>Section V. — Cas où le droit de préférence survit à l'hypothèque.....</i>	63
 CHAPITRE VII. — <i>Argument fourni par la loi elle-même en faveur du caractère relatif du partage.....</i>	65
<i>Section I. — La loi civile (obligation de garantie).....</i>	65
<i>Section II. — La loi fiscale.....</i>	66
 CHAPITRE VIII. — <i>Jurisprudence favorable.....</i>	69
 CHAPITRE IX. — <i>Critique de l'argument contraire tiré de l'article 2.125 C. C.</i>	73
<i>Section I. — Argument, art. 2.125 C. C.....</i>	73
§ 1. — Les auteurs.....	74
§ 2. — La jurisprudence	76

<i>Section II. — Réponse à l'objection.....</i>	84
CHAPITRE X. — <i>Argument tiré de ce que le prix représente la chose (Arrêt du 5 décembre 1907).....</i>	87
CHAPITRE XI. — <i>Le prix de licitation n'est pas une valeur de la succession</i>	93
CHAPITRE XII. — <i>L'équité.....</i>	95
CHAPITRE XIII. — <i>Désaccord de la jurisprudence avec elle-même</i>	99
<i>Section I. — Cas où la jurisprudence applique à tort l'art. 883.....</i>	99
§ 1. — <i>Composition de la communauté.....</i>	100
I. — <i>Doctrines.....</i>	101
II. — <i>Jurisprudence.....</i>	106
§ 2. — <i>Question de l'assiette de l'hypothèque de la femme en cas de faillite du mari.....</i>	108
I. — <i>Exposé. — L'art. 563, Code de commerce...</i>	108
II. — <i>Doctrines.....</i>	109
III. — <i>Jurisprudence.....</i>	111
§ 3. — <i>Question du partage envisagé comme juste titre en matière de prescription.....</i>	114
<i>Section II. — Cas où la jurisprudence écarte la règle....</i>	118
§ 1. — <i>Soultés de partage.....</i>	118
I. — <i>Doctrines.....</i>	120
II. — <i>Jurisprudence.....</i>	122
§ 2. — <i>Licitation d'un immeuble appartenant par indivis à une femme dotale et adjudication à un copartageant.....</i>	126
I. — <i>Exposé.....</i>	126
II. — <i>Jurisprudence.....</i>	127
<i>Section III. — Autres cas dans lesquels les décisions de la jurisprudence sont inconciliables avec la théorie du caractère absolu.....</i>	131

TABLE DES MATIÈRES	451
	PAGES
§ 1. — Cession par le propriétaire d'un immeuble indivis de sa part dans le prix de licitation.....	131
§ 2. — Obligation pour l'héritier bénéficiaire de payer les droits de transcription et faculté de purger.....	133
§ 3. — Privilège du copartageant en conflit avec une hypothèque consentie pendant l'indivision.....	136
Conclusion	139
Appendice.....	141
Bibliographie.....	145

Vu :

Le Président de la Thèse,
AMBROISE COLIN.

Vu :

Le Doyen,
P. CAUWES.

Vu et permis d'imprimer :
le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

